

# L'APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE NEL «MACROSETTORE CREDITO E ASSICURAZIONI»

SOMMARIO: 1. Il «macrosettore credito e assicurazioni» e la disciplina delle pratiche scorrette. — 2. La questione dell'applicabilità del codice del consumo ai settori regolati: il caso del credito. — 3. L'Autorità come "supplente". — 4. Oltre il potere sanzionatorio: la vicenda delle commissioni di massimo scoperto. — 5. Caratteristiche strutturali del giudizio di scorrettezza: la contrarietà alla diligenza professionale nella prassi. — 6. (Segue): l'imputazione al professionista delle pratiche scorrette poste in essere da terzi. — 7. Il parametro del consumatore medio. — 8. La regola di *de minimis*.

1. Per lo studioso che si interessi alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette (1), considerandone anche i risvolti applicativi, quello che nelle Relazioni annuali dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato viene complessivamente indicato come «macrosettore credito e assicurazioni» si propone come uno dei punti privilegiati di osservazione. Risalta, in prima battuta, il dato quantitativo: su 355 provvedimenti sanzionatori complessivi, emessi tra il 2008 e il 2009, per un totale di sanzioni irrogate di circa 66.000.000 di euro, ben 93 riguardano il suddetto macrosettore, e ad essi corrispondono sanzioni per quasi 20.000.000 di euro (2). Si è dunque, ad immediato ridosso del settore delle

comunicazioni e prima di quello dell'energia, ai vertici dell'attività svolta dall'Autorità sulla base del codice del consumo (3).

All'interno del macrosettore è il settore del credito (intendendosi per tale una tipologia varia di servizi, che comprende tutte le forme di credito, i servizi di pagamento, quelli di deposito in c/c, ecc., ecc.) a fare la parte del leone, mentre i provvedimenti relativi ai servizi assicurativi sono una esigua minoranza (il che, francamente, un po' sorprende, data la scarsa popolarità di cui, a torto o a ragione, in genere godono le imprese assicuratrici presso le istanze consumeristiche).

La quantità ha inevitabilmente un risvolto qualitativo, nel senso che settori con una tale concentrazione di interventi permettono di riscontrare, con elevato grado di significatività, tutte le soluzioni fornite alle questioni interpretative tipiche della disciplina.

Il presente scritto ha, appunto, l'obiettivo di leggere la prassi e la giurisprudenza amministrativa nel macrosettore di riferimento, con prevalente, ma non esclusiva attenzione al settore del credito (4). In realtà, dall'osservazione complessiva del macrosettore si trarrà spunto per ricostruire, più in generale, prassi e giurisprudenza con riferimento all'interpretazione degli elementi costitutivi della fattispecie delle pratiche commerciali scorrette.

In via preliminare, si dovrà però dare conto della questione riguardante la stessa applicabilità della disciplina delle pratiche scorrette, che con forza è emersa proprio con riferimento all'attività creditizia, per trarne poi qualche osservazione sul ruolo che l'Autorità si è ritagliata, in un settore che risulta soggetto anche ad una disciplina speciale.

## 2. Vigente la "vecchia" disciplina della pubblicità ingannevole

(1) Artt. 18-27 del codice del consumo, come modificato dal d.lg. n. 146/07, attuativo della direttiva 2005/29/Ce.

(2) Nel 2010, i provvedimenti sanzionatori nello stesso macrosettore sono stati finora 36, per un totale di 2.067.000 euro (dati ricavati dall'autore, attraverso la consultazione dei bollettini settimanali, aggiornati al Bollettino n. 48/10, del 27 dicembre 2010). Si segnala, dunque, una netta riduzione della sanzione media, assai più pronunciata della riduzione del numero di provvedimenti sanzionatori. Nel 2010 si segnalano, quali sanzioni massime, i 350.000 euro inflitti con il provv. PS2624/10, Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza. Estinzione c/c e i 250.000 euro inflitti con il provv. PS5130/10, BNL. Penale estinzione anticipata mutui. Nel 2009, per contro, si segnalano i 670.000 euro inflitti con il provv. PS2940/09, Ducato — Carta Revolving mai richiesta; i 1.015.000 euro, inflitto con il provv. PS740/09, Barclays Bank — Estinzione mutuo; i 250.000 euro di PS2431/09, Barclays Bank — Scegli il 5% netto. Non si tiene conto, ovviamente, del fatto che, ultimamente, il giudice amministrativo ha rilevato profili di

parziale illegittimità in relazione a diverse sanzioni irrogate, in questo come in altri settori, inducendo l'Autorità a rideterminarle in misura inferiore.

(3) Nel settore delle comunicazioni, nel 2008 e nel 2009, i provvedimenti sanzionatori sono stati 105, per un totale di circa 24.000.000 di euro in termini di sanzioni irrogate. Nel 2008, l'ammontare delle sanzioni irrogate con riferimento al macrosettore credito e assicurazioni ha addirittura sopravanzato quello delle comunicazioni (11.416.500 euro contro 10.637.500), pur con un numero inferiore di provvedimenti (40 contro 45). Per tale performance è stata determinante la serie dei provvedimenti riguardanti la portabilità dei mutui (poi tutti annullati dal T.a.r. Lazio, con sentenze confermate dal Consiglio di Stato), sui quali si tornerà in appresso.

(4) Sul tema specifico delle pratiche scorrette in tale settore, si veda adesso GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario. Gli interventi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in corso di pubblicazione in *Giur. comm.*, la cui consultazione in bozze si deve alla cortesia dell'Autrice.

(1992-2007), più volte l'applicabilità della stessa e, di conseguenza, la competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato erano state contestate, con riferimento a settori nei quali erano presenti anche normative speciali, la cui applicazione era competenza di altre amministrazioni. La norma richiamata — in realtà, l'unica norma che si occupasse espressamente di tal genere di conflitti — era l'art. 7, comma 12°, d.l. n. 74/92 (divenuto poi art. 26, comma 12°, del c. cons., nella versione precedente l'attuazione della direttiva 2005/29/CE, e, adesso, art. 8, comma 14°, d.lg. n. 145/07), secondo il quale « Ove la pubblicità sia stata assentita con provvedimento amministrativo, preordinato anche alla verifica del carattere non ingannevole della stessa o di liceità del messaggio di pubblicità comparativa, la tutela dei soggetti e delle organizzazioni che vi abbiano interesse, è esperibile in via giurisdizionale con ricorso al giudice amministrativo avverso il predetto provvedimento ». L'Autorità e il giudice amministrativo ne avevano circoscritto l'ambito di applicazione alle pubblicità dei presidi medico-chirurgici, soggetta alla preventiva approvazione del Ministero della Salute (5) e a quelle dei prodotti finanziari, soggetta ad autorizzazione preventiva della CONSOB (6). Era invece stato escluso il ricorrere della medesima eccezione con riferimento alle pubblicità dei concorsi a premio, rispetto al regime di autorizzazioni da parte del Ministero delle finanze (7), alla pubblicità non trasparente diffusa per via radiofonica e televisiva, con riferimento alle competenze del Garante dell'editoria prima, ed a quelle dell'Autorità per le garanzie delle comunicazioni poi (8), alla concorrente applicazione della normativa sul commercio, etichettatura ed imballaggi dei prodotti (9), alla pubblicità degli integratori alimentari o di alimenti particolari (10), al giudizio di

(5) Si veda Tar Lazio, sez. I, 23 giugno 2003, n. 5519.

(6) Si veda PI1738/98, Banca di Roma.

(7) Tar Lazio, sez. I, 26 luglio 1995, n. 1472 e 7 settembre 2001, n. 7288.

(8) Tar Lazio, sez. I, 9 maggio 2005, n. 3420, per la quale « L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato è competente ad applicare l'art. 4 del D. lg. n. 74/92, che pone il divieto di pubblicità nascosta, anche all'ipotesi di pubblicità diffusa con il mezzo radiofonico o televisivo. All'intervento dell'Autorità di settore rimane, sulla base della L. n. 223/90, affidata la tutela di altri interessi pubblici, che pure richiedono un accertamento in ordine alla natura promozionale dei messaggi, primo fra tutti il controllo del rispetto degli indici di affollamento pubblicitario nella programmazione radiofonica e televisiva ».

(9) Tar Lazio, sez. I, 17 aprile 2002, n. 3284 e 25 ottobre 2004, n. 1563, sulla base dell'osservazione che il d.lg. n. 74/92 « prevede una forma di tutela rafforzata per la pubblicità dei prodotti pericolosi ».

(10) Sulle pubblicità di alimenti destinati ad un'alimentazione particolare, si veda Tar Lazio, sez. I, 4 settembre 1998, n. 2490. Si veda anche la già citata n. 3284/02.

ingannevolezza del marchio (11), alla pubblicità dei prodotti assicurativi, con riferimento alle competenze dell'ISVAP (12).

Nessun particolare dibattito si era sviluppato su tali opzioni interpretative (13).

Introdotta nell'ordinamento la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, sul punto non si sono registrate novità. Essa, invero, contiene una norma analoga a quella ricordata, i cui presupposti di applicazione non appaiono però circoscrivibili con altrettanta precisione. L'art. 27, comma 14°, c. cons., infatti, ritiene idonea ad escludere l'applicabilità della disciplina delle pratiche scorrette l'esistenza di un controllo amministrativo preventivo volto « anche alla verifica del carattere non scorretto » della pratica. È evidente che « scorrettezza » è nozione che, prima della disciplina introdotta sulla base della direttiva 2005/29/CE, non aveva il medesimo significato che questa — o, meglio, il codice del consumo, in sede di recepimento — le ha attribuito (14); d'altro canto, anche « pratica commerciale » è nozione (per di più nuova nell'ordinamento degli stati membri) dai contorni poco definiti (15). Ne deriva la sostanziale indeter-

(11) Tar Lazio, sez. I, 17 settembre 1999, n. 2077; Id., 23 febbraio 2006, n. 1372; Id., 27 aprile 2006, n. 2995.

(12) Si vedano i provv. PI204/94, Polizze vita San Paolo; PI2611/99, Zurigo Assicurazione; PI2628/2000, Polizza GAN Italia vita; PI2655/2000, Polizze INA; PI2847/2000, Generali — Valore quota. In vigenza della disciplina delle pratiche scorrette si è finora registrato solo un (fragile) tentativo di riproporre la questione negli stessi termini: PS2977/2010, Allianz RAS — Pubblicità comparativa.

(13) Circostanza degna di qualche nota è che l'Autorità riteneva che la propria competenza si riespandesse, laddove l'operatore pubblicitario avesse ommesso di ottemperare all'obbligo di assoggettare preventivamente la pubblicità al controllo previsto dalla legge. Sul tema, si veda MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994, 132 ss.

(14) In effetti, la direttiva si riferiva letteralmente alle pratiche commerciali "sleali" (*unfair, deloyales, unlautere*). Dunque, la sovrapposizione tra la "correttezza" menzionata in altre discipline di fonte comunitaria (per il mercato finanziario, si vedano le tutt'oggi valide considerazioni di VENUTI, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 1049) e quella di cui alla disciplina della quale si sta discorrendo, presuppone la correttezza concettuale (che, personalmente, sostengo) della traduzione che è stata fatta della originaria "slealtà" nel nostro ordinamento.

(15) Secondo l'art. 2, lett. d), della direttiva 2005/29/CE, per « pratiche commerciali tra imprese e consumatori » si intende « qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori ». Se si aggiunge che l'art. 3 afferma che « La presente direttiva si applica alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, come stabilite all'articolo 5, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto », si comprende come pratica commerciale sia ogni forma di contatto, sia effettivo, sia meramente potenziale, tra professionista e consumatori.

minabilità delle ipotesi in cui potrebbero dirsi sussistenti i presupposti per il ricorrere dell'eccezione (16).

La questione dell'applicabilità della disciplina delle pratiche scorrette si è però sviluppata su un terreno del tutto differente da quello appena descritto e, paradossalmente, l'innescò lo ha fornito la stessa Autorità. Questa, infatti, investita da una serie di segnalazioni per presunte pratiche scorrette riguardanti l'offerta di servizi finanziari (chiara conseguenza del disagio indotto nella platea dei risparmiatori dal dissesto di primari operatori finanziari, avvenuto nel corso del 2008), ha deciso di chiedere un parere al Consiglio di Stato in merito alla propria competenza a trattare tali casi, non nascondendo affatto, nel formularlo, di patteggiare per la soluzione che trasferisse la scomoda incombenza sulla Consob, nel contesto definito dal d.lg. n. 58/98 (TUIF). Al centro del proprio ragionamento, l'Autorità ha posto il Considerando 10 della direttiva 2005/29, a mente del quale « ... la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore e vieta ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti » (17).

Il Consiglio di Stato ha condiviso la tesi dell'Autorità (18), richiamando il principio del *ne bis in idem* formale e quello di specialità, con riferimento al rapporto tra la normativa dettata dal TUIF e, sulla base di essa, dai regolamenti Consob, e il Codice del consumo.

Sotto il primo profilo, ha ritenuto che l'interesse generale da curare fosse il medesimo e che, pertanto, per ragioni di coerenza, non contraddizione, economia ed efficacia, dovesse essere evitata la duplicazione degli interventi. Sotto il profilo della specialità, ha ritenuto che essa ricorresse sulla base del riscontro dell'esistenza, nel caso di specie, di una compiuta ed organica disciplina della materia. Il settore finanziario, secondo il Consiglio di Stato, rappresenta « per le sue caratteristiche, le sue pratiche,

la sua ragione e le sue stesse norme un contesto di sistema, distinto rispetto al mercato in generale » (19).

Com'era facile attendersi, non è sfuggito agli osservatori che i medesimi argomenti potrebbero ben valere a limitare l'applicazione del codice del consumo anche con riferimento ad altri mercati, nei quali le normative settoriali investono, con specifiche disposizioni, anche aspetti delle relazioni professionisti-consumatori (20). È, appunto, da questa considerazione che ha preso avvio la contestazione delle competenze dell'Autorità nel settore del credito, per il quale si è invocata l'applicazione esclusiva, ad opera delle autorità creditizie, della specifica disciplina di settore, contenuta nel d.lg. n. 385/93 (t.u.b.).

L'argomento principale richiamato dall'Autorità, con il conforto della giurisprudenza amministrativa di prima istanza, per respingere tale tentativo, è che differenti sono gli interessi tutelati dalla disciplina del Codice del Consumo e quelli tutelati dal t.u.b. La prima sarebbe l'unica a tutelare in via diretta il consumatore, mentre l'attività di vigilanza di Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 5 del t.u.b., si svolgerebbe avuto esclusivo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia (21).

Se, secondo un noto aforisma ottocentesco, tre parole di rettifica del legislatore sono in grado di mandare al macero intere biblioteche, qui, più modestamente, l'intervento legislativo toglie ogni supporto all'argomento della estraneità tra gli interessi protetti dalla Banca d'Italia, ai sensi del t.u.b., e quelli tutelati dall'Autorità, sulla base del codice del consumo: nell'art. 127 del t.u.b., dopo le modifiche apportategli dal d.lg. 13 agosto 2010, n. 141, si legge, infatti, che « Le Autorità creditizie esercitano i poteri previsti dal presente titolo avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'articolo 5, alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla corret-

(19) Per una critica del principio di specialità, come utilizzato dal Consiglio di Stato nel parere citato, si veda CLARICH, *La competenza delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 688. Sempre sul tema della normativa applicabile alle fattispecie di scorrettezza nel mercato finanziario, si veda MEO, *Consumatori, mercato finanziario e impresa: pratiche scorrette e ordine giuridico del mercato*, ivi, 720.

(20) Un primo tentativo in tal senso, respinto anche dal giudice amministrativo, è stato quello di escludere l'applicazione della disciplina delle pratiche scorrette con riferimento al settore delle telecomunicazioni: si vedano Tar Lazio, sez. I, 29 marzo 2010, n. 4931 e 22 giugno 2010, nn. 19892 e 19893.

(21) Si vedano, da ultimi, PS4126/10, Barclays Bank — Rata di cauzione; PS4391/10, Fidelity Condizioni finanziamento. In giurisprudenza, si vedano Tar Lazio, sez. I, 19 maggio 2010, nn. 11321, 12277, 12364.

(16) Diciamo che è proprio difficile in sé concepire forme di controllo preventivo aventi simile oggetto.

(17) Per una ricostruzione critica della vicenda, si vedano PARCU, *Tutela dei risparmiatori: meno spazio per l'Antitrust*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 2009, 80; LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, Relazione al Convegno "Il diritto commerciale europeo di fronte alla crisi", Roma, Università di Roma Tre, 29-30 gennaio 2010 (su [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it)).

(18) Cons. Stato, sez. I, 3 dicembre 2008, n. 3999.

tezza dei rapporti con la clientela. A questi fini possono essere dettate anche disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni ». Al di là della condivisibilità o meno degli argomenti con i quali il Consiglio di Stato ha spiegato la sottrazione del mercato finanziario all'ambito di applicazione della disciplina delle pratiche scorrette, è dunque adesso ancor più dubbia di quanto già non lo fosse in precedenza (22) la coerenza tra tale esclusione e la permanenza dell'applicabilità della disciplina con riferimento al mercato del credito (23).

Non è certo idonea a fugare tale dubbio la sottoscrizione, nel febbraio 2011, di un Protocollo d'Intesa tra l'Autorità e la Banca d'Italia, nel quale le due istituzioni riconoscono le rispettive competenze e ravvisano « l'opportunità di realizzare, mediante lo scambio di informazioni, un coordinamento (...) che consenta ad ognuna di tener conto delle iniziative assunte dall'altra al fine di:

— assicurare un'efficace tutela dei consumatori nei rapporti con gli intermediari bancari e finanziari;

— contenere gli oneri che gravano sugli intermediari in ragione dell'esercizio dell'attività di vigilanza ».

3. Ritenuta, comunque, la propria competenza, l'Autorità ha esercitato la propria potestà sanzionatoria rispetto a tutti i campi di contatto dell'attività bancaria con il consumatore (cioè con la clientela diversa da quella *business*), acquisendo notevole visibilità (accresciuta anche da una sagace esposizione mediatica) e una crescente popolarità soprattutto presso le associazioni dei consumatori. L'impressione è che a tale popolarità abbia contribuito la diffusa percezione che, rispetto alla problematicità che caratterizza i rapporti tra professionisti e consumatori in questo settore, l'attività di vigilanza delle autorità settoriali sia stata insoddisfacente (24). Per fare un esempio eclatante, paiono veramente impressio-

(22) Di scelta irrazionale già parlava LIBERTINI (nt. 17).

(23) Peraltro, nel caso di gestione di servizi di investimento (ad es., gestione di portafogli, esecuzione di ordini per conto dei clienti), anche laddove il gestore sia una banca, le norme applicabili rimangono quelle del t.u.f. (e del regolamento intermediari), e la competenza resta alla Consob, anche dopo la modifica dell'art. 127 t.u.b., che, a questo punto, attribuisce alle due autorità di vigilanza le medesime finalità di tutela della trasparenza e della correttezza. L'art. 23, comma 4°, t.u.f., infatti, rimasto immutato, afferma che « Le disposizioni del titolo VI, capo I, del TUB non si applicano ai servizi ed alle attività di investimento ».

(24) Ciò senza sottovalutare i meriti e l'impegno dell'Arbitro bancario e finanziario (istituito, sulla base dell'art. 128-bis del t.u.b., con la delibera CIRC 29 luglio 2008, attuata dalla Banca d'Italia con le disposizioni del 18 giugno 2009), che riguarda la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari. Si

nanti la frequenza e la grossolanità delle violazioni riguardanti la prestazione ai consumatori delle informazioni essenziali nel campo del credito al consumo (*in primis*, quelle riguardanti il T.A.E.G.) che emergono dall'attività dell'Autorità con riferimento a questa tipologia di pratiche ingannevoli. Eppure si tratta di un settore rispetto al quale il t.u.b. prevede obblighi puntuali a carico degli operatori, attribuendo alle autorità creditizie poteri di controllo e sanzionatori. L'Autorità, dunque, ha operato sostanzialmente accreditandosi come "supplente" delle autorità settoriali.

D'altro canto, non si può neppure negare l'impressione che all'attivismo dell'Autorità nel campo delle pratiche scorrette corrisponda una certa difficoltà ad ottenere uguali risultati attraverso l'azione *antitrust*, che pure non è del tutto mancata nel settore di riferimento (25).

Le ragioni di questo relativo insuccesso sono probabilmente molteplici.

Se è vero che la dottrina economica indica la concorrenza come il principale strumento di correzione del malfunzionamento dei mercati (26), non si può negare che una incisiva applicazione della l. 287/90 e delle norme comunitarie a tutela della concorrenza si scontri con un duplice ostacolo. Da un lato, il diffuso costume di scorrettezza che finisce con l'affermarsi in determinati settori, pur esposti ad una vivace competizione, fa pensare che talvolta la concorrenza — e, per conseguenza, l'applicazione delle norme dirette a tutelarla — non sia in realtà sufficiente ad impedire una propensione di tutti i professionisti operanti nel settore ad improntare ad una certa opacità (per non dir peggio) le proprie relazioni con i consumatori. In settori come quello di riferimento, è probabilmente la stessa complessità dei beni o servizi offerti a porre i consumatori in una condizione di minorata di-

tratta, tuttavia, di una forma di intervento che, riguardando, appunto, controversie individuali, non può affrontare al livello di sistema le pratiche scorrette.

(25) Si vedano la Relazione annuale sull'attività svolta nel 2009, 117 ss., i provv. 1720/10 — Carte di credito e 1725/10 — Accordi interbancari "Riba-Rid-Bancomat". L'impressione è, però, che un eccessivo ricorso agli impegni (in questo come in altri settori) finisca con l'indebolire l'efficacia deterrente dell'attività di repressione delle condotte anticoncorrenziali.

(26) Come ultimamente rilevato da MIRONE, *L'evoluzione della disciplina della trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in questa Rivista, 2010, I, 557, 559 ss., « indicazioni (...) importanti che provengono dalla teoria economica e dal diritto antitrust (...) sottolineano la necessità che, in mercati caratterizzati da alti livelli di concentrazione, scarsa elasticità della domanda, forti asimmetrie informative con la clientela e significativi costi di cambiamento del fornitore, le dinamiche competitive dovrebbero essere incentivate mediante interventi mirati di promozione della concorrenza, volti ad rimuovere o attenuare taluni ostacoli strutturali alla mobilità della clientela ».

fesa (27), disincentivando i professionisti dal farsi concorrenza sull'offerta di maggiore correttezza e trasparenza.

Sotto altro aspetto, è proprio l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza a presentare degli obiettivi limiti, per un verso, e delle criticità, per un altro.

Quanto ai limiti, non è detto che sussistano sempre i presupposti per l'applicazione della legge *antitrust*. Questi mancano, ad esempio, quando i comportamenti scorretti sono unilateralmente posti in essere da imprese che non occupano una posizione dominante (28). È questo il caso di un mercato, come quello bancario, nel quale è certo dato individuare alcuni grandi *players*, ma probabilmente nessuna impresa in posizione dominante individuale in alcuno dei mercati rilevanti individuabili all'interno del settore (meno spiegabile è che certe pratiche aggressive non vengano colpite anche come abusi *antitrust*, in base all'art. 3 lettera *a*, della l. 287/90 o 103, lettera *a*, TFUE, in quei settori in cui, invece, è dato riscontrare posizioni dominanti).

Quanto alle criticità, queste riguardano la possibilità di scoprire e sanzionare quelle pratiche collusive che, non è azzardato supporre, potrebbero anche essere la fonte della diffusione a macchia d'olio e della persistenza di talune pratiche scorrette. Accertarlo appare però impresa dagli esiti incerti (il costume collusivo potrebbe anche essere frutto di parallelismo spontaneo, causato dalla sopra menzionata mancanza di incentivi delle imprese a competere su correttezza e trasparenza), richiede comunque tempo, procedimenti complessi e, ovviamente, rilevante impiego di risorse, con risultati spesso non immediatamente apprezzabili da parte dei consumatori (e delle loro associazioni).

Qui si innesta, perciò, una scelta strategica dell'Autorità: colpire direttamente le pratiche scorrette, anziché tentare di affrontare la possibile genesi anticoncorrenziale della scorrettezza. Insomma, esercitare una seconda forma di "supplenza", stavolta interna, in quanto riferita a quei poteri della stessa Autorità che si ritengono non altrettanto agevolmente

(27) Secondo GENOVESE (nt. 4), la pericolosità delle pratiche scorrette poste in essere nel settore bancario è dovuta, oltre che alla grande diffusione e alla indispensabilità dei prodotti e servizi, alla circostanza che « tali prodotti e servizi sono quasi tutti oggetto di offerta, seppure cospicua, poco diversificata e comunque difficile da valutare dal punto di vista qualitativo e della convenienza », nonché alla rilevante complessità dei relativi contratti.

(28) Così nel testo letto dal Presidente Catricalà in occasione della presentazione della Relazione relativa all'attività svolta dall'Autorità nel 2006, cioè in un momento in cui non appariva ancora certa l'attribuzione delle competenze ad applicare le nuove norme che sarebbero scaturite dal recepimento della direttiva 2005/29/CE.

esercitabili. L'attacco diretto alle pratiche scorrette minimizza i tempi, si rivela assai meno complicato e costoso (29), produce immediato consenso sociale. Esso, inoltre, per l'estrema vaghezza della fattispecie di illecito, consente un controllo assai ampio e dal contenuto non sempre ben definito, delle azioni o omissioni delle imprese.

La « proficua complementarità » tra l'attività di tutela del contraente più debole e l'applicazione delle norme di concorrenza (30) sembra così lasciare il posto ad una surroga della prima nelle funzioni della seconda.

Il limite di tale scelta è che la tutela del consumatore rischia di esaurirsi in episodi, senza mai divenire strutturale, e che le sanzioni, per quanto talvolta si pongano in prossimità del massimo edittale, finiscono con l'essere spesso esigue in relazione alle dimensioni dei soggetti sanzionati (31) e, dunque, per nulla deterrenti.

4. L'Autorità non ha però limitato la propria politica interventista nel campo della tutela del consumatore all'attività strettamente sanzionatoria. Il suo attivismo ha di recente trovato manifestazione anche nell'esercizio di una inedita attività di segnalazione, il cui esordio è avvenuto proprio con riferimento alle pratiche scorrette nel settore creditizio.

Il caso è quello, che ha avuto ampia rilevanza sui *media*, delle commissioni di massimo scoperto (cioè quegli oneri imposti dalle banche al cliente in connessione con l'uso di somme eccedenti la disponibilità del fido o eccedenti la capienza di un conto corrente per il quale non è operativo un affidamento). La vicenda prende, in effetti, avvio, nel corso del 2008, con una classica istruttoria per pratiche ingannevoli, condotta in parallelo nei confronti di quattro primari istituti bancari (32). I procedimenti in questione non riguardavano, infatti, l'esistenza e le modalità di applicazione di tali commissioni, ma solo l'omessa o insufficiente informazione su di esse (33).

(29) Anzi, grazie al discutibile disposto dell'art. 9, comma 1°, del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, conv. in l. legge 27 febbraio 2009, n. 14, le sanzioni irrogate per pratiche scorrette contribuiscono in parte allo stesso finanziamento dell'Autorità.

(30) Così nel testo letto dal Presidente Catricalà in occasione della presentazione della Relazione relativa all'attività svolta dall'Autorità nel 2007 (p. 12).

(31) Per tale notazione, si veda GENOVESE (nt. 4).

(32) Precisamente, la BNL, Intesa San Paolo, il Monte dei Paschi di Siena, Unicredit Banca di Roma.

(33) Ciò emerge con chiarezza anche dal richiamo alle norme del codice del consumo che si assumevano violate: oltre all'art. 20 (clausola generale di scorrettezza), che viene richiamato in tutti i procedimenti per pratiche scorrette, le specifiche censure riguardavano gli art. 21 (azioni ingannevoli) e 22 (omissioni ingannevoli). L'Autorità, pertanto, si è astenuta dal valutare la correttezza sostanziale di una prassi talmente diffusa e risalente che,

L'impressione, in proposito, è che l'Autorità si sia astenuta dal compiere un passo più impegnativo, consistente nel qualificare come possibile pratica aggressiva la stessa applicazione ai clienti di commissioni calcolate con le modalità in uso prima dell'intervento legislativo. Certo è che le imprese coinvolte hanno perfettamente compreso quale fosse la reale posta in gioco e hanno presentato impegni soprattutto di tipo sostanziale, consistenti, in generale, nella revisione delle modalità di calcolo delle dette commissioni, fino alla loro sostituzione con altre formule. Impegni che l'Autorità ha accolto, chiudendo i procedimenti (34).

A ridosso della decisione dell'Autorità sugli impegni, il legislatore è però intervenuto, disciplinando la materia nel d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (c.d. decreto anticrisi, conv. in l. 28 gennaio 2009, n. 2) (35). A questo punto, le banche hanno ripensato gli impegni assunti, e, in sede di relazione attuativa, ne hanno chiesto la revisione, nel senso consentito dalle nuove previsioni legislative. L'Autorità, pertanto, ha riaperto d'ufficio i procedimenti, per valutare i nuovi impegni (36), ma, dopo pochi mesi, li ha chiusi con altrettanti *non liquet* (37); ha considerato, infatti, che una compiuta valutazione non potesse prescindere da un'analisi degli effetti economici delle nuove strutture commissionali, così come determinate a seguito delle citate modifiche normative, ritenendo che « detta analisi può essere effettuata solo attraverso il potere segnalatorio dell'Autorità ». Ma a quale potere ci si riferisce? Non a quello, noto e più volte utilizzato, di cui all'art. 21 della l. n. 287/90, finalizzato a « contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del mercato », bensì a quello, assai più vago nei fini, di cui all'art. 47 della l. 23 luglio 2009, n. 99. Tale disposizione « disciplina l'adozione della legge annuale per il mercato e la concorrenza, al fine di rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o

tra l'altro, come minimo, induce a rilevare un preoccupante allineamento delle condotte, favorito, certo, dalla scarsa trasparenza nei confronti della platea dei consumatori (se i consumatori non si avvedono dei costi, finché non vi incappano, la prassi non rappresenterà un fattore di scelta tra un operatore e l'altro e, dunque, mancherà lo stimolo per questi a differenziarsi sul punto).

(34) Si vedano i provv. di accettazione degli impegni, 19352, 19353, 19354, 19355, tutti del 23 dicembre 2008.

(35) Sulla nuova disciplina, si vedano ANTONUCCI, *La commissione di massimo scoperto tra usura, trasparenza e parziale divieto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 320; MIRONE (nt. 26); DOLMETTA, *Alcuni temi recenti sulla « commissione di massimo scoperto »*, in questa *Rivista*, 2010, I, 166; M. CIAN, *Il costo del credito bancario alla luce dell'art. 2-bis l. 2/2009: commissione di massimo scoperto, commissione di affidamento, usura*, ivi, I, 182.

(36) Provv. n. 19760 del 16 aprile 2009; 19851, del 7 maggio 2009; 20161 e 20162, del 29 luglio 2009.

(37) Provv. n. 20607, 20608, 20609, 20610, tutti del 22 dicembre 2009.

amministrativo, all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori » e, al secondo comma, dispone che « Entro sessanta giorni dalla data di trasmissione al Governo della relazione annuale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (...), il Governo (...), tenendo conto anche delle segnalazioni eventualmente trasmesse agli stessi fini di cui al comma 1 del presente articolo dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, presenta alle Camere il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza ». Dopo avere, dunque, esaminato le nuove strutture commissionali introdotte dalle banche in sostituzione della commissione di massimo scoperto, a seguito dell'innovazione legislativa in precedenza ricordata, e avere verificato sul campo i loro effetti, l'Autorità ha dunque segnalato al Governo, al Parlamento e (piuttosto paradossalmente ...) alla Banca d'Italia che, a seguito delle nuove disposizioni, per i c.d. scoperti transitori di conto corrente « la situazione è risultata nettamente peggiore rispetto alle strutture di prezzo precedentemente previste » (38).

Da un procedimento istruttorio per mende di tipo meramente informativo, dunque, si è giunti all'esercizio di un potere di critica all'operato del legislatore (39) — ma, implicitamente, anche all'autorità di vigilanza (40) —, che investe la sostanza delle condizioni offerte ai consumatori.

(38) AS647, del 22 dicembre 2009.

(39) È degno di nota come nella segnalazione AS496, del 29 gennaio 2009, Interventi di regolazione sulla governance di banche e assicurazioni, l'Autorità avesse già tenuto conto delle innovazioni normative in tema di commissioni di massimo scoperto, preoccupandosi di sollevare l'esigenza di una maggiore informazione, ma non formulando alcuna considerazione critica di tipo sostanziale. Su tale piano, anzi, l'Autorità aveva espresso qualche apprezzamento (« Per altro verso, appare apprezzabile che l'articolo 2 bis del d.l. 185/2008 introduca una disciplina di raccordo, computando le commissioni ivi disciplinate anche ai fini della determinazione dei tassi usurari »).

(40) Peraltro, come ricorda ANTONUCCI (nt. 35), 320, nota 6, già da tempo il Governatore della Banca d'Italia aveva espresso critiche nei confronti delle commissioni di massimo scoperto. Il 9 luglio 2008, intervenendo all'assemblea annuale dell'Abi, aveva affermato « Ho già avuto modo di osservare che per le banche un corretto rapporto con i clienti costituisce, oltre d'adempimento di un obbligo giuridico, un fattore strategico di solidità (...) Occorre procedere alla sostituzione della commissione di massimo scoperto con forme trasparenti di remunerazione commisurate al fido (...) Ritengo che le banche siano ormai pienamente consapevoli della necessità di agire con prontezza ed efficacia su questi due fronti, anche per la salvaguardia della reputazione del sistema ». Dopo l'innovazione legislativa, il Governatore si è ancora espresso criticamente, intervenendo all'assemblea di Aiab, Assiom e Atic Forex del 13 febbraio: « La Banca d'Italia ha concluso un'ampia rilevazione — su oltre 500 banche rappresentative di circa l'80% dei conti correnti offerti alla clientela — della tipologia e degli importi delle commissioni applicate su affidamenti e scoperti di conto. I risultati, trasmessi al ministero dell'Economia e delle finanze a cui le nuove norme hanno attribuito compiti di vigilanza in materia di commissioni bancarie,



5. Prima di valutare, come preannunciato, la prassi e la giurisprudenza formatesi nei primi tre anni di applicazione della disciplina delle pratiche scorrette, con riferimento al macrosettore, si impone una breve considerazione introduttiva generale.

L'attribuzione delle competenze in tema di pratiche scorrette ha, per un verso, consegnato all'Autorità di potere di intervento che, per ampiezza e profondità, non è neppure paragonabile a quello che le era stato attribuito con la disciplina della pubblicità ingannevole. Lo stesso ambito di esercizio di tale potere appare, infatti, non esattamente delimitato, consentendosi all'Autorità di valutare a tutto campo il modo con cui le imprese stanno sul mercato nelle loro relazioni con i consumatori, attuali e potenziali. Si pensi, non tanto al possibile perseguimento di pratiche scorrette atipiche (terreno, in realtà, mai battuto dall'Autorità), quanto a quello delle pratiche "aggressive", sub-fattispecie, questa, talmente ampia, da risultare veramente difficile delimitarne la portata. Neppure il versante delle pratiche ingannevoli rimane indenne, e non perché sia cambiato il concetto di ingannevolezza, bensì perché, come già ricordato (41), è la stessa nozione di « pratica » a presentare confini di incerta determinazione: ogni imprecisione informativa o omissione di qualsivoglia informazione ritenuta dall'Autorità rilevante, in qualunque momento sia riscontrata (« prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto »), può essere considerata illecita (42).

Per altro verso, a circoscrivere il potere dell'organo agente, viene posta dalla direttiva e dalla normativa di attuazione la necessità di riscontrare una serie di elementi costitutivi dell'illecito di scorrettezza commerciale e una soglia di applicabilità. Per far ciò, tuttavia, il legislatore

mostrano una forte differenziazione fra gli intermediari: se nella media si registra una riduzione, in circa un terzo dei casi l'onere è invece aumentato » ([www.ilsole24ore.com/art/finanza-e-mercato/2010-06-09/plus24-spine-massimo-scoperto-145500.shtml](http://www.ilsole24ore.com/art/finanza-e-mercato/2010-06-09/plus24-spine-massimo-scoperto-145500.shtml)).

(41) Si veda nt. 15.

(42) In tal senso, anche alla luce della prassi nel frattempo formatasi, riconosco essere riduttiva l'affermazione che formulavo in MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in Genovese (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, 2008, 87, secondo cui « le pratiche sleali (...) ingannevoli, altro non sono che la pubblicità ingannevole, almeno come essa è stata interpretata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato »; essa è vera, infatti, per ciò che riguarda la valutazione di ingannevolezza, ma non lo è se si considera che, per quanto ampia sia stata, da parte dell'Autorità, l'interpretazione della nozione di « messaggio pubblicitario » (sul punto, mi si permetta di rinviare ancora a MELI, voce *Pubblicità ingannevole*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2006), quella di « pratica » va ben al di là della comunicazione con scopi o effetti pubblicitari.

comunitario è ampiamente ricorso a clausole generali e/o concetti giuridici indeterminati (43).

L'applicazione della disciplina carica, pertanto, l'Autorità di compiti interpretativi del tutto inediti, che, a fronte dell'ampliamento dei suoi poteri sanzionatori, ne rendono però più complesso l'esercizio. Ne deriva un'esigenza particolarmente forte che la definizione dell'ambito di tali poteri e i criteri d'interpretazione delle clausole generali/concetti indeterminati trovino ampio riscontro nelle motivazioni dei provvedimenti, sì da rendere possibile un attento controllo giurisdizionale. Come si vedrà, l'Autorità ha solo parzialmente assolto a tale esigenza.

Con riferimento, dunque, agli elementi costitutivi della fattispecie, una pratica, per essere qualificata come scorretta, deve:

— essere contraria alla "diligenza professionale" (artt. 2, lett. h e 5, della direttiva, che il nostro legislatore ha trasfuso negli artt. 18, lett. h; 20, comma 2°, c. cons.);

— essere idonea a falsare il comportamento di un "consumatore medio" (Considerando 18; artt. 5, comma 2°, lett. b; 6, 7 e 8, della direttiva, che il nostro legislatore ha trasfuso negli artt. 18, lett. e; 20, commi 2° e 3°; 21, commi 1° e 2°; 22, commi 1° e 2°; 24, comma 1°, c. cons.).

D'altro canto, l'applicazione della disciplina è limitata alle pratiche il cui impatto sia "rilevante" o "apprezzabile" (art. 5, comma 2°, lett. b della direttiva; artt. 18, lett. e) e 20, commi 2° e 3°, c. cons.) e non "trascurabile" (Considerando 6 della direttiva) (44).

Secondo l'art. 18, lettera h), c. cons., la diligenza professionale è « il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista » (45). Alla luce di tale complessa definizione,

(43) Sul tema dell'individuazione e della funzione delle clausole generali, si vedano, da ultimi, LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale: riflessioni introduttive* e DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, entrambi in [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it).

(44) Si tratta di una vera e propria regola di *de minimis*; in tal senso BERNITZ, *The Unfair Commercial Practices Directive: Its Scope, Ambitions and Relation to the Law of Unfair Competition*, in WEATHERILL-BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices Under Ec Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Oxford, 2007, 40; LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, 103; MELI, *Le clausole generali relative alla pubblicità*, in *AIDA*, 2008, 257.

(45) Si può discutere se tale definizione sia realmente fedele a quella contenuta nella direttiva. Lo nega DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra profes-*

diventa onere dell'Autorità accertare la corrispondenza della pratica ad uno *standard* di correttezza, ma anche la sussistenza di un requisito di colpevolezza (l'addebito della difformità della condotta dallo *standard* non può, infatti, prescindere dalla valutazione della concreta esigibilità di una condotta diversamente caratterizzata) (46).

Dibattuto, in dottrina, se la contrarietà alla diligenza professionale debba essere argomentata con riferimento a tutte le pratiche scorrette o solamente a quelle atipiche (cioè, non ingannevoli, né aggressive) (47), l'Autorità ha ritenuto, comunque, di dovere sempre argomentare le proprie decisioni sulla base dell'accertamento del requisito, nella sua duplice chiave (difformità da uno *standard*, censurabilità del comportamento del professionista nel caso concreto).

È pur vero che in taluni casi l'argomentazione relativa alla difformità del comportamento osservato dalla diligenza professionale appare quasi tautologico. Ciò accade, però, generalmente in quelle ipotesi nelle quali tale comportamento presenta caratteristiche di oggettiva ingiustificabilità. Si tratta, per lo più, di ipotesi di pratiche ingannevoli, nelle quali la falsità delle affermazioni o la completa omissione di informazioni rilevanti per il consumatore rende non necessarie ulteriori spiegazioni. In questi casi, la motivazione sul punto segue uno schema standardizzato, che contempla l'identificazione di tale contrarietà con la qualificazione stessa del vizio che inficia una certa pratica (48).

sionisti e consumatori: il d.lg. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della Direttiva 2005/29/CE, in *Studium Iuris*, 2007, 1181, 1188. Favorevole alla scelta del legislatore italiano si mostra, invece, LIBERTINI (nt. 43), 73 ss. Sull'interpretazione della definizione, si rinvia a MELI (nt. 44).

(46) Sul requisito della colpevolezza nel giudizio di scorrettezza, si veda adesso Cons. Stato, 23 dicembre 2010, n. 9329.

(47) Sul tema, si vedano DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali*, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, in De Cristofaro (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e Codice del consumo*, Torino, 2008, 287 ss.; DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, 44; LIBERTINI (nt. 44), ove ampi riferimenti anche alla dottrina straniera; MELI (nt. 44).

(48) La formulazione del giudizio, in questi casi (al netto di quei passaggi che costituiscono semplice riproduzione del dettato legislativo) si sostanzia in affermazioni del tipo « Nello specifico, la contrarietà alla diligenza professionale e l'idoneità a falsare il comportamento economico dei consumatori destinatari della pratica oggetto di valutazione discendono dalla natura omissiva della medesima pratica, nella misura in cui sono omesse informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno per prendere una decisione consapevole di natura commerciale » (si vedano, ad es., i provv. PS122/08 — Or.Fin.; PS2299/09 — Italmoney Network di Manea Davide — Omessa indicazione TAN e TAEG; PS2316/09 — Euro Fidelity — Omessa indicazione TAN e TAEG; PS3588/09 — Immobiliare Priolo — Pubblicità finanziamenti; PS2736/10 — Multifinitalia — Carta Refil); o anche « Nel caso di specie, la contrarietà alla diligenza professionale e l'idoneità a falsare il comporta-

Ben più articolata si presenta, invece, la valutazione di contrarietà alla diligenza professionale in quei casi in cui non è possibile argomentare senz'altro, sulla base della sola osservazione oggettiva della pratica, una strategia scorretta o la censurabilità in concreto del comportamento del professionista.

Non deve meravigliare come tale incombenza urga soprattutto in presenza di presunte pratiche aggressive, se si considerano i contorni indeterminati di tale sub-fattispecie e si tiene conto che la stragrande maggioranza dei comportamenti "aggressivi" che viene all'attenzione dell'Autorità non consiste in eclatanti manifestazioni di coercizione bensì in forme meno evidenti di « indebito condizionamento », spesso manifestatesi sotto forma di disservizio.

Non di rado, la necessità di motivare discende dalle stesse argomentazioni difensive formulate dalla parte, la quale, di fronte all'evidenza — in genere ricavabile dall'aver l'Autorità ricevuto un certo numero di segnalazioni — di una pratica potenzialmente pregiudizievole ai consumatori, sostiene la non difformità del proprio comportamento da uno *standard* di correttezza, l'occasionalità dell'accaduto e/o la inesigibilità di un comportamento differente.

Se si vuole condurre uno sforzo di classificazione degli argomenti posti in campo dall'Autorità, nell'attività interpretativa da essa svolta — specchiata nelle motivazioni dei provvedimenti — appaiono rilevare, in estrema sintesi:

A) l'individuazione degli *standard* di comportamento che appaiono disattesi;

B) l'individuazione della specifica negligenza del professionista;

C) l'assenza di cause di giustificazione.

Quanto alla fonte degli *standard* di comportamento (profilo A), essa viene generalmente individuata:

A) i) in disposizioni giuridiche;

A) ii) nelle caratteristiche dell'attività esercitata;

A) iii) nella posizione di fatto rivestita dal professionista nel mercato di riferimento;

Sotto il profilo A) i), appaiono rilevare, in particolare:

mento economico dei consumatori della pratica oggetto di valutazione derivano dalla acclarata natura ingannevole della stessa ai sensi degli articoli 21 e 22 del Codice del Consumo » (si vedano, ad es., provv. PS1943/09 — Banca Popolare di Bari — CartaSi Choice; PS2431/09 — Barclays Bank — Scegli il 5% netto; PS768/09 — Banca di Sassari — Operazioni gratuite illimitate; PS3653/09 — Prestitalia e Madafin — Finanziamenti; PS2873/09 — Consel — Carta di credito non richiesta).



A) i) a) obblighi giuridici specificamente imposti da norme regolanti il settore di attività, come, ad esempio, quelle che dettano la tempistica nella cancellazione delle ipoteche (49), il diritto di recesso del consumatore dal contratto di assicurazione (50), la portabilità gratuita dei mutui (51), il divieto di imporre costi al consumatore per l'uscita dai rapporti di durata (52). In questo contesto, le regole che si possono ricavare dalla prassi sono, in estrema sintesi, le seguenti: la violazione di norme settoriali è considerata anche violazione della diligenza professionale (53); l'osservanza delle norme settoriali non esaurisce tuttavia l'assolvimento degli obblighi compresi nella diligenza professionale (54).

A) i) b), obblighi giuridici connessi alle modalità di esercizio dell'attività in cui si inserisce la pratica, quali, ad esempio, quelli relativi

(49) Si vedano, ad es., PS1481/09 — BNL — Cancellazione ipoteca; PS1130/09 — Intesa San Paolo — Cancellazione ipoteca; PS1644/10 — Banca di Roma — Richiesta cancellazione ipoteca.

(50) Si vedano, ad es., PS317/09 — RAS Disdetta polizze assicurative; PS2425/09 — Agenzia di assicurazioni Generali — Recesso Polizza.

(51) PS 1188, 1189, 1190, 1191, 1192, 1193, 1194, 1197, 1198, 1201, 1203, 1204, 1206, 1207, tutti del 7 agosto 2008. Da ultimo, PS4126/10 — Barclays Bank — Rata di cauzione, in cui si legge che « Deve inoltre ritenersi che la dimensione e il contenuto dei doveri di diligenza a carico delle banche debbano ricostruirsi tenendo conto del favor espresso dal legislatore per la portabilità gratuita dei mutui, nel senso di riconoscere uno specifico dovere a carico della banca di porre in essere procedure tali da garantire la gratuità della surroga ». Sul punto, è però da rilevare come i provvedimenti dell'Autorità non fughino il sospetto che il *favor* per la gratuità della surroga si sia, di fatto, trasformato per l'Autorità stessa in un obbligo delle banche di accordare la surroga *tout court*. Sospetto certamente indotto anche nel giudice amministrativo, il quale, infatti, si è premurato di affermare con chiarezza l'inesistenza di un tale obbligo (si veda soprattutto la sentenza del Cons. Stato, 23 dicembre 2010, n. 9329, la quale ha confermato le decisioni di primo grado, annullando in via definitiva i provvedimenti dell'Autorità). Non solo, ma il Consiglio di Stato ha negato, con altrettanta chiarezza, anche la sussistenza di un obbligo delle banche di informare la clientela in ordine all'esistenza stessa dell'istituto della surroga attiva gratuita e di fornire informazioni puntuali in ordine all'esistenza di diversi Istituti di credito i quali offrissero il prodotto/servizio in questione.

(52) Si veda PS2833/10 — Webank — Chiusura c/c.

(53) Si veda GENOVESE (nt. 4). Per un'affermazione chiara di tale principio, al di fuori del settore di riferimento, si veda PS3611/09 — Tele2 — Codice di migrazione, per cui « la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette richiede ai "professionisti" l'adozione di modelli di comportamento desumibili dal quadro regolamentare di riferimento, ove esistente, nonché dall'esperienza propria del settore di attività e dalle finalità di tutela perseguite dal Codice del Consumo, ove concretamente esigibili in un'ottica di bilanciamento tra l'esigenza di libera circolazione delle merci e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale ».

(54) Si veda, per un caso al di fuori dei settori del credito e delle assicurazioni, PS1/08 — Prezzi bloccati elettricità, con riferimento alla sufficienza, ai fini dell'assolvimento degli obblighi di informazione preventiva dei possibili clienti sul mercato libero dell'energia elettrica e del gas, della scheda di confrontabilità prescritta dall'AEEG.

all'informazione da fornire al consumatore nell'ambito dell'attività di vendita a distanza (55);

A) i) c), obblighi aspecifici, quale quello di interpretare correttamente le norme giuridiche di cui ai punti precedenti; una casistica interessante, sotto questo profilo, è quella che riguarda il diritto di recesso dal contratto di assicurazione (56), ma anche quella, ancora, sulla portabilità dei mutui. Il professionista non può, in pratica, farsi scudo della ambiguità delle norme per interpretarle nel senso a sé più favorevole. Nel caso della portabilità dei mutui, tuttavia, il giudice amministrativo ha ritenuto che l'obiettivo incertezza interpretativa, nel caso di specie relativa a chi, tra il professionista ed il consumatore, dovesse sopportare determinate spese in

(55) PS243/09 — Findomestic Aura indennitaria plus; PS2940/09 — Ducato carta revolving mai richiesta.

(56) Si vedano i provv. citati in nota 50. Le vicende che hanno dato luogo ai procedimenti erano connesse alla disciplina del recesso dai contratti di assicurazione di durata poliennale, introdotta dal c.d. decreto Bersani (d.l. n. 7/2007, convertito, con modificazioni, in l. n. 40/2007). Questo ha attribuito, infatti, agli assicurati, il diritto di recedere annualmente, senza oneri e con preavviso di sessanta giorni. In sede di conversione del decreto legge si è precisato che la disposizione è applicabile ai contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della legge di conversione, mentre per i contratti anteriori « la facoltà di cui al primo periodo può essere esercitata a condizione che il contratto di assicurazione sia stato in vita per almeno tre anni ». Qualche assicuratore interpreta la regola nel senso che qualunque modifica del contratto già in essere con l'assicurato fissa un nuovo *dies a quo* per la decorrenza del triennio previsto dalla legge. Sulla base di tale interpretazione, nega a propri assicurati il diritto di recedere. Per valutare la conformità di tale pratica alla diligenza professionale, l'Autorità deve valutare non solo l'esistenza e la portata della norma attributiva del diritto che si assume violato, ma anche la fondatezza dell'interpretazione della norma, alla quale l'assicuratore dichiara di essersi attenuto, e la sussistenza di un obbligo dell'assicuratore di interpretarla con competenza e buona fede. Sotto il primo profilo, l'Autorità ritiene che la norma, con l'esprimersi in termini di « esistenza in vita del contratto » abbia voluto riservare il riavvio del termine dei tre anni ai soli casi di novazione oggettiva del medesimo, non potendosi ritenere idonea a fissare un nuovo termine ogni modifica, anche non incidente sulla sostanza del contratto (quale l'aggiornamento del premio). Ciò detto, l'Autorità valuta come non diligente il comportamento del professionista, in quanto, allorché « ha sostenuto il carattere di novità della seconda polizza, ha mostrato di fondare tale giudizio non su una rigorosa valutazione tecnico-giuridica della portata sostanzialmente novativa delle modifiche rispetto alle obbligazioni originariamente assunte, sottolineando piuttosto il profilo temporale costituito dalla data di sottoscrizione ai fini del riconoscimento del diritto di recesso ». Inoltre « Il criterio adottato per la valutazione della dichiarazione di recesso (...) non soddisfa lo standard di conoscenze specialistiche e di attenzione che il consumatore di servizi di intermediazione assicurativa ragionevolmente attende dal professionista, tenuto conto delle specificità del settore di attività, con particolare riferimento alle asimmetrie informative che in esso si riscontrano ». In sintesi, non solo il professionista non ha adeguatamente motivato le ragioni del diniego ad ammettere il recesso, ma il criterio da lui adottato per valutare la ricorrenza dei presupposti per negarlo dimostra un atteggiamento non competente e non attento ai diritti del consumatore.

sede di surroga, valesse ad eliminare la responsabilità del professionista (57).

Sotto il profilo A) ii) (caratteristiche dell'attività esercitata), viene in evidenza la figura dell' 'agente modello' (58), declinata variamente a seconda dei settori di attività. L'esercizio di determinate attività è stato, in particolare, ritenuto di per sé fonte di obblighi speciali di diligenza. In questo senso, sintomatica è proprio la considerazione dell'attività creditizia, configurandosi in proposito, a carico delle banche, un vero e proprio dovere di protezione del cliente (59).

Numerosi sono i provvedimenti che ritengono che tale elevato livello di diligenza sia imposto dall'esistenza, rispetto ai beni o servizi ai quali la pratica afferisce, di asimmetrie informative tra imprese e consumatori (60). Tale concetto è divenuto, anzi, un vero e proprio *catchword* nell'attività di repressione delle pratiche scorrette, di ricorso assai frequente in tutti i settori, ma prevalentemente con riferimento, appunto, al settore del credito (61) e a quello delle comunicazioni elettroniche (62)

(57) Si veda, per tutte le decisioni in primo grado sulla vicenda, Tar Lazio, sez. I, 28 gennaio 2009, n. 3689; in appello, in senso conforme, la già citata Cons. Stato, 23 dicembre 2010, n. 9329. Rispetto alla inesigibilità di comportamenti differenti da quelli adottati, motivata con difficoltà interpretative del dato normativo, mi pare dissenta LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 889, per il quale « Il punto centrale, in materia, è quello di stabilire lo standard di scusabilità dell'errore, in una disciplina in cui il professionista è comunque obbligato a rispettare il principio di diligenza professionale. Si deve tenere presente che tale principio comporta anche la doverosità di interpellare e di comportamenti attivi, volti a chiarire la portata di obblighi di legge gravanti sul professionista ».

(58) Si veda la Relazione 2009 dell'Autorità: « È consolidato, in definitiva, il richiamo al tipo di attenzione e cura che può ragionevolmente attendersi dall'agente modello che svolga il determinato tipo di attività nella quale si risolve la pratica commerciale oggetto di valutazione. In altri termini, la pratica è contraria alla diligenza professionale quando il professionista l'abbia posta in essere violando in concreto i canoni di correttezza, perizia, attenzione, cura e salvaguardia pretendibili dall' "agente modello" ».

(59) Si veda, ampiamente sul punto, GENOVESE (nt. 4). Nel settore assicurativo, si è argomentato di una "particolare attendibilità" che il cliente attribuirebbe « alle posizioni tecnico-giuridiche espresse dalla propria controparte contrattuale » (si veda PS317/09 — RAS — Disdetta polizze assicurative).

(60) Si vedano, ad es., PS 243/08 — Findomestic — Aura Indennitaria Plus; PS668/08 — Findomestic — Sollecitazione alla richiesta di finanziamento; PS740/09 — Barclays Bank — Estinzione mutuo; PS2425/09 — Agenzia di assicurazioni Generali — Recesso Polizza; PS2431/09 — Barclays Bank — Scegli il 5% netto; PS1506/09 — Direct Line Insurance — Omaggio buoni benzina; PS768/09 — Banca di Sassari — Operazioni gratuite illimitate; PS2873/09 — Consel — Carta di credito non richiesta; PS1904/09 — CheBanca! — Spot televisivo; PS3576/09 — Expert — Interessi zero.

(61) Un esame complessivo della prassi dell'Autorità evidenzia come siano più di 150 i provvedimenti in cui l'argomento dell'asimmetria informativa tra professionista e consu-

(cioè, ai due settori che, come si è visto, hanno fatto registrare la maggiore frequenza di interventi dell'Autorità). Il riferimento alle asimmetrie informative gioca, in realtà, un ruolo ambiguo, a cavallo tra giudizio di diligenza professionale e valutazione di vulnerabilità del *target* di riferimento (63).

La peculiarità dell'attività bancaria, idonea a fondare una speciale diligenza dei professionisti in tale settore è stata pienamente condivisa dal giudice amministrativo. Il Tar Lazio, pur approdando poi alla censura dei provvedimenti dell'Autorità sulla portabilità dei mutui (64), ha affermato che:

— sui soggetti che esercitano l'attività creditizia, per la natura stessa dell'attività svolta, grava un obbligo di "alta" diligenza (che, in particolare, il giudice riconduce, piuttosto ovviamente, all'art. 1176 c.c.);

— attesa la dimensione polifunzionale assunta dalle banche, tale parametro di diligenza deve essere considerato « non solo con riguardo all'attività di esecuzione di contratti bancari in senso stretto, ma anche in relazione ad ogni tipo di atto od operazione che sia comunque oggettivamente esplicato presso una struttura bancaria e soggettivamente svolto da un funzionario bancario »;

— tale obbligo di diligenza deve essere « valutato non alla stregua di criteri rigidi e predeterminati, ma tenendo conto delle cautele e degli accorgimenti che le circostanze del caso concreto suggeriscono e/o impongono », e, cioè, che « non esiste un astratto paradigma suscettibile di integrare un univoco termine di riferimento quanto all'individuazione di un comportamento 'diligente' in capo all'operatore creditizio », e, dunque

— « la concreta commisurazione del relativo obbligo andrà necessariamente parametrata con la condotta concretamente esigibile nella particolare fattispecie in considerazione », avendo riguardo a) « alla peculiarità della vicenda negoziale; b) ed al complesso di conoscenze riferibili

matore viene utilizzato per fondare (o contribuire a fondare) un giudizio di assenza di diligenza professionale. L'uso dell'argomento risulta assai frequente anche nel contesto dell'offerta di servizi di telecomunicazione.

(62) Si vedano, *ex multis*, PS7/08 — Sky — Pacchetto calcio; PS54/08 — Vodafone Casa; PS637/08 — Tiscali Italia — Voce + Adsl 8 megabyte senza limiti; PS557/08 — H3G — ADSM Card Modem USB; PS10/09 — Alice 7 mcga; PS1268/09 — Tele2 — Ostruzionismo migrazione; PS1484/09 — Wind — Mancata attivazione; PS3028/09 — Fastweb — Mancata indicazione canone; PS4540/10 — H3G — Perdita credito; PS4471/10 — TIM — Carta Vacanze 2009.

(63) Lo si veda utilizzato, in tale funzione, in PS91/08 — Enel Energia — Richiesta cambio fornitore.

(64) Si veda nt. 57.

all'operatore commerciale ed alla qualificazione del 'contatto' con la clientela (segnatamente, ove riguardato con riferimento agli obblighi informativi non soltanto di carattere preliminare, ma anche contestuali e/o successivi al perfezionamento dell'operazione) ».

Sotto il profilo A) iii), in diverse ipotesi, anche riguardanti pratiche nel settore creditizio, l'Autorità ha argomentato che « non si riscontra, da parte del professionista, il normale grado di competenza e attenzione che ragionevolmente ci si poteva attendere da un operatore di primaria importanza nel suo specifico settore di attività » (65).

Se si considera il profilo B), l'oggetto della valutazione muta sensibilmente. Le precedenti osservazioni riguardano, infatti, l'individuazione dei parametri in base ai quali considerare un comportamento conforme o meno, nell'interpretazione accolta dall'Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa, ad uno *standard* di correttezza, mentre nel seguito il problema diventa quello della colpa del professionista rispetto al distacco da detto *standard*.

Sotto questo profilo, come già ricordato, una frequente (o ovvia) difesa del professionista, che si richiama ad una consolidata prassi dell'Autorità in materia di pubblicità ingannevole (66), è che la pratica segnalata è meramente occasionale ed è dovuta ad un isolato disguido o errore tecnico, ecc., ecc. (67), e, più in generale, che il professionista non ha potuto fare nulla di più di ciò che ha fatto per evitarla. Altra usuale difesa è che la pratica è stata posta in essere da un ausiliario autonomo, al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte dello stesso professionista (68).

Il primo argomento viene raramente accolto (69). Per confutarlo, l'Autorità, in genere:

(65) Si veda, da ultimo, PS705/10 — BNL — Contratto di mutuo.

(66) Si vedano, *ex multis*, i provv. PI4311/04, Best Western — Punti Mille Miglia; PI4821/05, Libro d'arte Treccani; PI5427/06, Telnet-Videotelefono in omaggio; PI5998/07, Alice20mega con modem in noleggio. Si vedano anche le Relazioni annuali sull'attività svolta nel 1992, nel 1996, 1998 e nel 1999.

(67) Per tale argomento difensivo si vedano, ad es., nel macrosettore di riferimento, PS675/08 — Qui il quinto — Finanziamenti con cessione del quinto di stipendio; PS317/09 — RAS disdetta polizze assicurative; PS1481/09 — BNL — Cancellazione ipoteca; PS3574/09 — Trony — Finanziamento "senza interessi"; IP5/10 — INA Assitalia — Polizze assicurative.

(68) Si veda PS5371/10 — INA Assitalia — Polizze assicurative;

(69) Per ipotesi del genere, si vedano, ad es., PS740/09 — Barclays Bank — Estinzione mutuo, con riferimento all'esercizio dell'opzione a tasso fisso; PS1750/10 — Unicredit Banca di Roma — Ostruzionismo chiusura c/c, in cui le ritardate chiusure dei conti correnti è sfuggita al giudizio di scorrettezza, perché « Pur sussistendo casi di consistente ritardo nel dar seguito alla richiesta del consumatore recedente, essi appaiono ascrivibili a eventi

— cerca di dimostrare che la frequenza o l'ampiezza della pratica rende insostenibile la tesi della sua occasionalità;

— argomenta sull'esistenza di carenze organizzative, che rivelano, appunto, insufficiente diligenza (70).

Il primo passaggio è, dunque, collegato alle evidenze istruttorie e rappresenta un serio problema per l'Autorità, per la semplice ragione che, pur normativamente dotata di strumenti idonei a condurre penetranti indagini (si pensi alle ispezioni, di cui all'art. 14 del Regolamento sulle procedure istruttorie o alle audizioni, che l'art. 12, comma 2°, del medesimo Regolamento, nell'interpretazione accolta dall'Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa, configura come mezzo istruttorio e non come strumento di difesa), essa attualmente non sembra avere risorse sufficienti ad attivarli con continuità, e l'impressione è che lo faccia un po' a campione (71). È vero che un elevato numero di segnalazioni può ritenersi indizio in sé idoneo a dimostrare la consistenza di una pratica e che essa può desumersi anche dalle stesse informazioni richieste al professionista, ad esempio per ciò che riguarda il numero di reclami pervenuti e la loro gestione (72); tuttavia, non è detto che le segnalazioni siano numerose e che le informazioni siano esaurienti (o che la relativa richiesta si riveli, infine, ben calibrata). Ne deriva l'attitudine a supplire alla carenza di prove circa la effettiva consistenza di una pratica lamentata dai consumatori ricorrendo a presunzioni. Attitudine in sé corretta, ma che diviene censurabile allorché le presunzioni si basino non su indizi gravi, precisi e concordanti, ma su espedienti dialettici (73).

sporadici, tali da non qualificare la condotta tenuta dal professionista come illecita ai sensi del Codice del Consumo ». Ma su quest'ultimo caso si dovrà tornare.

(70) Sul tema, si veda G. SCOGNAMIGLIO, *Le pratiche commerciali sleali: disciplina dell'atto o dell'attività?*, in Rabitti Bedogni-Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, vol. II, 1221 ss.

(71) Per un'ipotesi — nella quale, invero, non si coglie una peculiare gravità rispetto ad altri casi nello stesso settore — in cui l'istruttoria ha compreso un'ispezione, volta ad acquisire, tra l'altro, le "schede reclamo", si veda PS799/08 — Credito Bergamasco — Violazione Codice etico.

(72) Si vedano, ad es., PS1130/09 — Intesa Sanpaolo — Cancellazione Ipoteca (« con specifico riferimento alla contestazione avente ad oggetto il sistematico mancato riscontro delle richieste inoltrate dai consumatori, la stessa banca ha riconosciuto la fondatezza della maggior parte dei reclami ricevuti dalla clientela [circa 350 segnalazioni fondate su un campione di circa 430] »); PS1750/09 — Unicredit Banca di Roma — Ostruzionismo chiusura c/c (« Invero, dalla documentazione afferente i reclami agli atti è emerso che, in un numero cospicuo di casi, la data di richiesta estinzione presente sui sistemi informatici della Banca risultava successiva, talvolta di gran lunga, a quella di ricezione della richiesta dei consumatori »).

(73) Per un esempio di argomentazione del genere, si veda PS317/09 — RAS Disdetta polizze assicurative, nel quale si legge, rispetto al fenomeno dell'invio di solleciti di pagamento a taluni clienti già receduti, che si possa « ragionevolmente ritenere che lo stesso è

spesso costruiti (senza reale possibilità di contraddittorio) in base a quanto argomentato, in sede di difesa, dallo stesso professionista (74), ovvero sulla acritica assunzione, con ruolo decisivo, delle prospettazioni dei segnalanti (75); prassi, quest'ultima, che il giudice amministrativo ha però talvolta ritenuto inidonea a surrogare lo svolgimento di una vera istruttoria (76).

venuto ad emersione solo nei casi in cui il consumatore è stato adeguatamente edotto in ordine ai diritti conferitigli dall'ordinamento e ai rimedi predisposti a tutela delle ragioni della categoria » aggiungendosi che « Ad ogni buon conto, si rileva come il numero delle segnalazioni pervenute in Autorità (sei) prima dell'avvio del procedimento (altre se ne sono aggiunte successivamente), sia sufficientemente significativo, attesa la concentrazione territoriale del fenomeno e, comunque, non sia tale da consentire di ascrivere la vicenda all'arca dell'errore scusabile ».

(74) Una dei più criticabili aspetti dell'attuale procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette è l'assenza di un momento (equiparabile alla comunicazione delle risultanze istruttorie, di cui all'art. 14 del d.p.r. n. 217/98, in tema di procedure istruttorie nell'ambito di applicazione della l. n. 287/90), in cui il professionista sotto indagine possa apprendere (e controbattere) la posizione dell'ufficio procedente a conclusione dell'istruttoria. Ne deriva l'impossibilità di difendersi, se non sulla base della generale prospettazione delle censure, contenuta nell'atto di avvio del procedimento. Il giudice amministrativo ha tuttavia ritenuto corretta tale prassi, sulla base di argomentazioni che appaiono tutt'altro che convincenti (da ultimo, si veda Tar Lazio, infatti (sez. I, 14 settembre 2009, n. 8673, confermata, ma con motivazione essenzialmente in fatto, da Cons. stato, Sez. VI, 27 luglio 2010, n. 4905). Secondo il giudice, in particolare, il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione, richiesti dall'art. 27 comma 11° del d.lgs. n. 206/2005, sarebbero assicurati alla parte dalla « possibilità di prendere visione ed estrarre copia della documentazione acquisita dall'Autorità, (parte della medesima proveniente peraltro dallo stesso operatore), come del pari di richiedere e partecipare ad audizioni (art. 12 [del reg. procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette]), di prendere cognizione di perizie e consulenze e di nominare propri consulenti (art. 13), di farsi assistere da consulenti in eventuali ispezioni (art. 14), di presentare documenti e memorie (artt. 6 e 16) ». È evidente che a) l'esercizio del diritto di accesso è perfettamente inutile ai fini della conoscenza della posizione maturata dall'ufficio; il riferimento alle audizioni, quale strumento difensivo, è in palese contraddizione con la stessa pacifica giurisprudenza amministrativa, che considera l'audizione un semplice mezzo istruttorio a disposizione dell'Autorità (tanto da negare alla parte il diritto di ottenerne la convocazione e persino quello di vedersi motivato il rifiuto di convocarla!); la partecipazione ad (eventuali) perizie e consulenze appare irrilevante rispetto al fine indicato di potersi difendere prima che l'Autorità di pronunci sulle prospettazioni dell'ufficio procedente; conseguentemente, il diritto di presentare documenti e memorie risulta svuotato di senso. Altra motivazione, fornita in precedenti pronunce (e condivisa da LIBERTINI (nt. 57), 891) è che la *ratio* della previsione della CRI nei soli procedimenti *antitrust* sarebbe da riscontrare nella loro particolare complessità, sicché può ritenersi ragionevole che, in materia di p.c.s., a fronte di istruttorie di norma molto più semplici, tale garanzia non sia stata prevista (Tar Lazio, sez. I, 19 giugno 2009, n. 5807; Tar Lazio, sez. I, 3 luglio 2009, n. 6446). È palese, tuttavia, come nessuna minore complessità, peraltro generalizzabile, possa valere ad occultare l'analogia di procedimenti e la pari sussistenza di esigenze difensive che la possibilità dell'ufficio di "parlare per ultimo" di fronte all'Autorità pregiudica irrimediabilmente.

(75) Rispetto alle quali si può condividere l'opinione di LIBERTINI (nt. 57), 889, il, quale ritiene, in sostanza, che sulle segnalazioni dei consumatori non possa gravare né una

Anche laddove la consistenza della pratica non venga provata, ciò non esclude che ad un giudizio di scorrettezza si possa comunque giungere desumendo dal tipo di inconveniente riscontrato un difetto di organizzazione (77). Ciò avviene quando anche un solo caso consenta di individuare una "falla", potenzialmente produttiva di una maggiore diffusione degli effetti pregiudizievoli. Valgono qui le medesime considerazioni: corretto il principio, ma talvolta la sua applicazione evidenzia valutazioni *a posteriori*, che non tengono conto in verità di ciò che dal professionista si poteva « ragionevolmente » esigere, caricandolo così di oneri probatori diabolici. Di fatto, si approda così ad un regime di responsabilità oggettiva.

Quanto al profilo C), rarissimo è nella prassi l'accoglimento esplicito di cause tipiche di giustificazione (78).

6. Di notevole rilevanza, ai fini della valutazione di diligenza professionale, è il problema dell'imputazione al professionista di una pratica posta in essere non direttamente, bensì da altri soggetti, autonomi o dipendenti, dei quali egli si avvalga per lo svolgimento di fasi della propria attività.

È ovvio che la questione non riguarda quei casi in cui si possa provare o presumere che il professionista abbia concorso nella pratica o, comunque, ne sia a conoscenza (79), ma, piuttosto, quelli nei quali la carenza di diligenza professionale debba, sostanzialmente, essere fatta discendere, anche qui, da un difetto di organizzazione. Il criterio seguito dall'Autorità

presunzione di insufficienza, né una di sufficienza, ma che « l'Autorità deve comunque procedere a verifica della serietà e credibilità degli indizi forniti dal denunziante (non può presumere la veridicità, ma deve verificarla a seguito di adeguata istruttoria) ».

(76) Si veda il ruolo giocato dalla esiguità dei riscontri nella motivazione con cui il Tar Lazio (nt. 57) ha annullato i provvedimenti sulla portabilità dei mutui. Sul punto, però, l'agire dell'Autorità è stata ritenuta invece scevro di vizi dal Consiglio di Stato (nt. 57).

(77) Si vedano, ad es., PS317/09 — RAS Disdetta polizze assicurative; PS1130/09 — Intesa San Paolo — Cancellazione ipoteca; PS1340/09 — Zurich Assicurazioni — Disdetta polizza assicurativa; PS1481/09 — BNL — Cancellazione ipoteca; PS2624/10 — Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza-Estinzione c/c.

(78) Nell'unico caso che mi risulta, per diretta esperienza, di decisione almeno parzialmente assolutoria per riscontro di un caso di forza maggiore, la motivazione è, peraltro, non esplicita in tal senso, quasi vi fosse il timore di costituire precedente. Si veda il provv. PS2163/09 — Acque potabili siciliane — Fatturazione forfetaria, del 29 aprile 2009, in cui, valutando un comportamento sicuramente generatore di qualche disagio economico nell'utenza (la fatturazione forfetaria e non a consumo agli utenti del servizio idrico), l'Autorità ha sostanzialmente riconosciuto che esso si era reso inevitabile, in considerazione del rilevante ritardo con cui l'ATO concedente aveva approvato l'articolazione tariffaria.

(79) Si veda il già più volte richiamato PS317/09 — RAS Disdetta polizze assicurative.

— approvato dal giudice amministrativo (80) — è quello dell'imputazione della pratica al committente laddove sia riscontrabile un difetto di controllo e vigilanza sull'attività degli ausiliari (81).

Emerge l'analogia tra tale criterio e le regole di responsabilità delle persone giuridiche per il caso della commissione di reati, previste dalla l. n. 231/01. Anche qui, l'ente è responsabile (art. 7) « se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza », ma « In ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi ». La domanda che ci si può porre è se l'adozione, cui sembrano orientarsi i professionisti in taluni settori, di modelli di organizzazione mutuati, appunto, dalla normativa sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, possa davvero valere a predisporre una barriera al loro coinvolgimento nella sanzione di pratiche scorrette poste in essere dai propri ausiliari, ovvero non possa invece rivelarsi un *boomerang*, agevolando l'acquisizione, da parte dell'Autorità, dello *standard* (interno) violato dal professionista. Lo stesso può dirsi per l'adozione di (o l'adesione a) codici di autoregolamentazione (« codici di condotta », nella terminologia utiliz-

zata dalla direttiva 2005/29/CE). Si rischia di incorrere nel paradosso per cui l'Autorità, che ha sistematicamente ritenuto irrilevanti gli esiti, ma anche la stessa esistenza, di procedimenti autodisciplinari nel contesto di tali codici (82), finisca con l'utilizzarne le previsioni esclusivamente in danno degli aderenti (83)!

7. Nella disciplina della pubblicità ingannevole, il giudizio di ingannevolezza non poteva (e non può) prescindere dalla valutazione dell'idoneità della comunicazione ad essere percepita, appunto, in termini ingannevoli. La questione si poneva, come è ovvio, specialmente rispetto al trattamento di messaggi suscettibili di diverse interpretazioni (84). Per

(82) Sui codici di condotta dispone, con norma sostanzialmente inutile, l'art. 27-*bis* c. cons. Sui rapporti tra azione dell'Autorità e autodisciplina dispone, in termini identici a quelli richiamati già nell'originaria disciplina della pubblicità ingannevole, l'art. 27-*ter* c. cons., a mente del quale, in particolare (comma 3°), « Iniziativa la procedura davanti ad un organismo di autodisciplina, le parti possono convenire di astenersi dall'adire l'Autorità fino alla pronuncia definitiva, ovvero possono chiedere la sospensione del procedimento innanzi all'Autorità, ove lo stesso sia stato attivato anche da altro soggetto legittimato, in attesa della pronuncia dell'organismo di autodisciplina. L'Autorità, valutate tutte le circostanze, può disporre la sospensione del procedimento per un periodo non superiore a trenta giorni ». Già anni fa avevo espresso — e confermo adesso — tutte la mia perplessità su tale norma, che, del resto, l'Autorità non ha mai applicato (si rinvia a MELI, *Autodisciplina pubblicitaria e legislazione statale*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 451).

(83) Lo stesso può dirsi si vedano PS1750/10 — Unicredit Banca di Roma — Ostruzionismo chiusura c/c; PS2624/10 — Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza — Estinzione c/c; PS2833/10 — Webank — Chiusura c/c, nei quali l'ipotesi istruttoria (ritardo nella chiusura dei conti nei primi due casi, richiesta di spese per la chiusura, nell'ultimo) viene fatta esplicitamente poggiare anche sulla contrarietà di tale prassi a quanto previsto dagli « Impegni di Qualità » assunti nell'ambito del consorzio interbancario PattiChiari.

(84) Nella Relazione annuale sull'attività svolta nel 2000, l'Autorità si mostra pienamente consapevole della questione e la collega alla tipologia dei mezzi di diffusione della pubblicità, dei quali coglie le caratteristiche in termini di conformazione delle caratteristiche comunicazionali dei messaggi. Dopo aver rilevato il diverso grado di presenza della comunicazione simbolica su quella informativa nella pubblicità radiotelevisiva rispetto a quella diffusa con altri mezzi, afferma, infatti, che « Le conseguenze sull'attività dell'Autorità prodotte dai fenomeni illustrati sono facilmente intuibili. La tutela dalla pubblicità ingannevole, così come è stata delineata nel decreto legislativo n. 74/92, fa prevalentemente riferimento all'aspetto informativo presente nei messaggi. Il messaggio pubblicitario non deve essere idoneo a "indurre in errore" circa le caratteristiche o il prezzo del prodotto, ovvero circa le qualifiche dell'impresa che diffonde l'annuncio, con ciò potendo "pregiudicare il comportamento economico" dei suoi destinatari. Non sorprende, quindi, che i procedimenti istruiti dall'Autorità si riferiscano in larga misura ad annunci diffusi a mezzo stampa o tramite stampati, dove maggiore rilievo viene dedicato agli aspetti fattuali rinvenibili nei beni proposti. In prospettiva, anche la rete Internet appare rappresentare un ambito propizio di intervento ai sensi del decreto legislativo n. 74/92. Per contro, per i messaggi in cui è prevalente la connotazione simbolica rispetto al contenuto informativo, l'Autorità deve in primo luogo individuare la decodifica del messaggio, ossia ricostruire la ragionevole inter-

(80) Si veda, fuori dal settore considerato, Tar Lazio, 25 marzo 2009, n. 3722, per la quale « ...Il fondamentale canone della diligenza professionale, nel caso di interposizione rileva [...] nei limiti in cui risulta pretendibile, nei confronti dell'operatore commerciale che si avvalga dell'opera di altri soggetti, un complessivo atteggiamento di assidua e puntuale attenzione sulla condotta che questi ultimi abbiano posto in essere... », « ...altrimenti risolvendosi l'utilizzabilità del modulo negoziale di agenzia nella allegazione di una "esimente" (o, quanto meno, di una "attenuante") volta a porre (in tutto o in parte) il professionista al "riparo" da condotte che quest'ultimo assuma non riconducibili a fatto proprio... ». Sull'argomento, si veda, con richiamo ai principi generali, LIBERTINI (nt. 57), 886 s.

(81) Si vedano, ad es., PS2316/09 — Euro Fiditalia — Omessa indicazione TAN e TAEG (« Professionista responsabile del contenuto e della diffusione del messaggio si ritiene essere la società Euro Fiditalia s.p.a. Ciò, infatti, alla luce delle indicazioni riportate nel messaggio, del fatto che si avvantaggia dell'iniziativa promozionale e, soprattutto, del fatto che, seppur, come riportato nelle memorie, non abbia autorizzato la predisposizione e la diffusione del volantino, tale circostanza non esclude che dovesse comunque vigilare sull'attività posta in essere dal proprio agente »); PS5371/10 — INA Assitalia — Polizze assicurative, in cui solleciti di pagamento (con minaccia di ricorso alle vie legali) erano state inviate in relazione a polizze già scadute o disdette da agenzie appena subentrate ad altre. L'Autorità rileva che INA Assitalia conosceva la difficile situazione relativa al subentro nei mandati di agenzia e pertanto avrebbe dovuto indirizzare precise indicazioni *i)* ai propri clienti, e *b)* ai propri agenti. La condotta degli agenti è dunque ritenuta imputabile ad INA Assitalia in quanto resa possibile « ... ed implicitamente avallata dal comportamento omissivo da questa tenuto in relazione ai propri obblighi di sorveglianza sull'operato della propria rete agenziale ».

decodificare un messaggio dal significato ambiguo è, infatti, indispensabile preliminarmente dichiarare i criteri interpretativi adottati, il che richiede, ancor prima, l'identificazione della *target audience* e, al suo interno, del consumatore/interprete-tipo al cui punto di vista fare riferimento. Dunque, tale aspetto, venuto esplicitamente alla ribalta solo con la nuova disciplina, già caratterizzava (*rectius*, avrebbe dovuto caratterizzare), l'applicazione della vecchia (85).

Non sussistendo nella direttiva 84/450/CEE alcuna indicazione sul consumatore da assumere a parametro di riferimento, il legislatore nazionale, nonché i giudici e le autorità incaricati di applicare le norme frutto del recepimento avrebbero potuto discrezionalmente decidere il livello della tutela (in realtà — dati i limiti posti dalla direttiva di armonizzazione minima — avrebbero, in teoria, potuto solo rendere questa più rigorosa). Pur tuttavia, già con riferimento all'applicazione di tale disciplina, non era sfuggito alla giurisprudenza comunitaria come l'affermarsi di *standard* non uniformi di valutazione dell'ingannevolezza avrebbe potuto arrecare grave pregiudizio all'attività pubblicitaria transfrontaliera e che, dunque, si imponeva la necessità di fornire un'indicazione interpretativa unitaria. Non era neppure sfuggito, però, come lo *standard* da indicare non potesse

pretazione che i destinatari possono elaborare, sulla base dei contenuti sia espliciti che impliciti del messaggio. Non è raro che la valutazione di ingannevolezza faccia riferimento a quanto deducibile dal messaggio, piuttosto che a quanto affermato direttamente. In altri casi, la brevità e la semplificazione del messaggio finiscono con il renderlo omissivo, privo di quelle specificazioni su limiti e condizioni di fruibilità della promessa pubblicitaria, che spesso sono tali da modificarne l'impatto e l'appetibilità ».

(85) Si veda quanto affermato nella Relazione annuale sull'attività svolta nel 1994: « Nell'interpretazione della nozione di pubblicità ingannevole l'Autorità ha cercato di adeguare il suo parametro valutativo al tipo di destinatari dei messaggi, in dipendenza della tipologia di beni o servizi pubblicizzati. Ciò è valso, in particolare, a far escludere l'ingannevolezza di taluni messaggi aventi a oggetto la promozione di beni tipicamente destinati a soggetti esperti del settore (Maxiren), mentre con particolare rigore sono stati valutati i messaggi relativi a beni e servizi di uso comune, destinati perciò a raggiungere una pluralità indistinta di soggetti (Euromail) ». Ciò non ha impedito, tuttavia, che nel mettere in pratica tale criterio, si sia talvolta giunti ad esiti piuttosto discutibili. Si pensi al provv. PI1346/97 — Abbonamento Il Sole 24 ore, in cui l'affermazione della deducibilità ai fini fiscali del costo dell'abbonamento, pur accompagnata dalle indicazioni delle norme rilevanti, viene giudicata ingannevole dall'Autorità, la quale ritiene che « una minoranza significativa di tali lettori abituali non si identifica nel profilo socio-culturale medio-alto dianzi ricordato, e soprattutto, che il messaggio pubblicitario in contestazione non viene diffuso sulle pagine del quotidiano, bensì attraverso una comunicazione postale, indirizzata non necessariamente alla sola categoria degli ex abbonati, ma anche ad altri soggetti dei quali la casa editrice abbia selezionato i recapiti valutando elevata la percentuale di riscontro positivo » e si determina, pertanto, a « ponderare l'impatto del messaggio su una seconda tipologia di destinatario rispetto alla quale le considerazioni circa la competenza finanziaria e la smaltita ricettività ai messaggi non sono pertinenti ».

né essere così rigoroso da costringere a tutelare anche il più sprovveduto dei consumatori, né così blando da tutelare solo i consumatori particolarmente avveduti o esperti. Da qui la scelta della Corte di giustizia e del Tribunale di indicare, quale soggetto da tutelare, il consumatore medio (86). Alla base vi è la convinzione che una più ampia tutela caricherebbe di oneri insopportabili le imprese, chiamate a prevedere e scongiurare anche l'effetto che i propri messaggi potrebbero avere su soggetti di marginale debolezza. Il risultato sarebbe un aggravio dei costi, che finirebbe con lo scaricarsi su tutti i consumatori, collocabili su gradi di avvedutezza e informazione superiori a quelli dei più sprovveduti (87). Si tratta di una di quelle indicazioni che confermano come la disciplina delle pratiche scorrette, al di là delle affermazioni sulla tutela massima del consumatore, sia volta a cercare un bilanciamento tra tale tutela, quella della libera circolazione di merci e servizi, e, *last but not least*, quella del buon funzionamento del mercato.

A partire dagli anni Novanta, la giurisprudenza comunitaria ha, dunque, costantemente e senza incertezze affermato (88) a) l'assunzione

(86) Tale scelta ha, peraltro, ascendenze risalenti, al di fuori del contesto comunitario, essendosi già affermata nell'ambito della giurisprudenza tedesca in materia di concorrenza sleale (si veda, *ex multis*, BGH, Urteil vom 15 Januar 2004 — I ZR 160/01 (Abmahnung durch Abmahnverein — Verstoß gegen Preisangabenverordnung), ma, soprattutto, essendo stata il punto di arrivo di un dibattito e di una conseguente revisione giurisprudenziale nel sistema statunitense. Con il *Policy Statement on Deception* del 1983, pertanto, la Federal Trade Commission ha abbandonato la regola, sancita dalla Supreme Court nel 1937, per cui « laws are made to protect the trusting as well as the suspicious » (Frc v. Standard Education Society, 302 U.S. 112 (1937)), per approdare al parametro del *reasonable consumer*.

(87) Si veda, sul tema, DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, Relazione al Convegno *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, Roma, 29 gennaio 2010, ora in *Giur.comm.*, 2009, 1, 1057. *Mutatis mutandis*, la stessa funzione svolge la regola di *de minimis*, sulla quale si tornerà. Non a caso, nel porre entrambe le regole, la direttiva 2005/29/CE richiama il principio di proporzionalità. Per una trattazione di tale tema, con riferimento alle disposizioni sulla « trasparenza » bancaria, si veda MIRONE (nt. 26).

(88) Si vedano, Corte giust., 6 luglio 1995, causa C-470/93, Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV contro Mars GmbH, in *Racc.* 1995, I-01923, para. 24; Id., 16 luglio 1998, causa C-210/96, Gut Springenheide e Tusky, *ivi*, 1998, I-4657, punto 31; Id., 22 giugno 1999, causa C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH contro Klijsen Handel Bv, *ivi*, 1999, I-03819, para. 25-26; Id., 13 gennaio 2000, causa C-220/98, Estée Lauder c. Lancaster, *ivi*, 2000, I-117; Id., 27 novembre 2008, causa C-252/07, Intel Corporation Inc./Cpm United Kingdom Limited, in *GUCE*, n. C 019 del 24/01/2009 pag. 0004 — 0005; Trib. Primo grado, 15 febbraio 2005, causa T-296/02, Lidl Stiftung/Usam — Rewe-Zentral (Lindenhof), in *ivi*, 1995, II-563, para. 54). Per una fedele applicazione domestica dei principi così sanciti, si veda Cass., 26 marzo 2004, n. 6080, in *Foro it.*, 2005, 2843.

Alla questione la Corte di giustizia, in realtà, aveva già fatto riferimento riguardo all'applicazione di altre discipline che presentavano anche profili di correttezza informativa.



quale parametro di riferimento del consumatore medio, inteso come il « consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto »; b) la necessità di valutare tale parametro non in astratto, bensì « in relazione al prodotto ».

Tale giurisprudenza è stata poi esplicitamente richiamata dalla Direttiva 2005/29/CE, nel Considerando 18 (89). Importante, in particolare, l'affermazione, che vi compare, per cui « la nozione di consumatore medio non è statistica ». Il consumatore medio non deve cioè essere individuato facendo una media tra i consumatori reali di un certo settore, bensì costruendo una figura di consumatore virtuale tipico di quel settore (90). La differenza tra un approccio e l'altro è evidente: una nozione basata su un dato statistico sarà fortemente influenzata dalla consistenza dei sottogruppi in cui si possono suddividere i consumatori. In un mercato in cui la maggioranza dei consumatori sia prevalentemente disinformata, disat-

Così, ad es., con riguardo alla definizione di farmaco, si veda la sent. 30 novembre 1983, causa 22/82, Leendert van Bonnekomp, in *Raccolta*, 1983, 3883. In dottrina, si vedano, GARDE-HARAVON, *Unfair Commercial Practices*, cit., 133 ss.; INCARDONA-PONCIBÒ, *The average consumer, the unfair commercial practice directive, and the cognitive devolution*, in *Journal of Consumer Policy*, 2007, 21; WEATHERILL, *Who is the "Average Consumer"?*, in WEATHERILL-BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices Under Ec Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Oxford, 2007, 115; PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, 734; ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contr. e impr.*, 2008, 700; MAYR, *Il parametro del consumatore*, in *AIDA*, 2008, 274, spec. 287 ss., ove ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza; CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 408, 420 ss. LIBERTINI (nt. 44), spec. 103 ss. Per un interessante punto di vista critico, si veda DENOZZA (nt. 87).

(89) « È opportuno proteggere tutti i consumatori dalle pratiche commerciali sleali. Tuttavia, la Corte di Giustizia ha ritenuto necessario, nel deliberare in cause relative alla pubblicità dopo l'entrata in vigore della direttiva 84/450/CEE, esaminare l'effetto su un virtuale consumatore tipico. Conformemente al principio di proporzionalità, e per consentire l'efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, ma contiene altresì disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali. Ove una pratica commerciale sia specificatamente diretta ad un determinato gruppo di consumatori, come ad esempio i bambini, è auspicabile che l'impatto della pratica commerciale venga valutato nell'ottica del membro medio di quel gruppo. È quindi opportuno includere nell'elenco di pratiche considerate in ogni caso sleali una disposizione che, senza imporre uno specifico divieto alla pubblicità destinata ai bambini, tuteli questi ultimi da esortazioni dirette all'acquisto. La nozione di consumatore medio non è statistica. Gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali dovranno esercitare la loro facoltà di giudizio tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, per determinare la reazione tipica del consumatore medio nella fattispecie ».

(90) Si veda, sul punto, LIBERTINI (nt. 44), 105 s.

tenta o sprovveduta, la soglia della tutela dovrebbe essere perciò abbassata. Al contrario, il dover considerare una figura virtuale di consumatore normalmente informato, nonché ragionevolmente attento e avveduto, porta ad escludere ogni influenza del dato numerico (91).

Si consideri che, per quanto il luogo originario e naturale per la considerazione della figura del consumatore medio sia quello della ingannevolezza, la disciplina delle pratiche scorrette la richiama anche con riferimento alle pratiche aggressive (92).

Atteso che pochi dubbi possono sussistere sul fatto che le indicazioni della direttiva (e della giurisprudenza comunitaria) sul livello della tutela siano vincolanti (93), a chi scrive pare che proprio questo aspetto della valutazione abbia costituito la più rilevante lacuna nell'azione dell'Autorità già nell'applicazione delle discipline della pubblicità ingannevole, riprodottasi negli stessi termini nei tre anni di applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette. La prassi evidenzia, infatti, la sistematica omissione di motivazione sul consumatore assunto come riferimento e, di fatto, il costante ossequio formale al parametro (non v'è provvedimento in cui l'espressione « consumatore medio » non compaia) ha potuto convivere con il disattendimento delle prescrizioni della giurisprudenza comunitaria e della direttiva. Il risultato è che l'Autorità ha, di fatto, potuto applicare la disciplina assumendo costantemente a parametro un consumatore sprovveduto.

Tra i pochissimi casi nei quali nella motivazione si cerchi di spiegare quale sia il consumatore tipico assunto a modello di riferimento della tutela, due sono riferibili proprio al macrosettore credito e assicurazioni.

Il primo caso è quello relativo allo *spot* televisivo di CheBanca! (94). Nel caso di specie, la banca in questione promuoveva un proprio « Conto Tascabile », definendolo una « alternativa al conto corrente », caratterizzato dalla emissione e consegna al sottoscrittore di una « carta personale multifunzione » prepagata. La descrizione di tale carta riportava: « offre i tipici servizi di un conto corrente [...] di un bancomat e i vantaggi del circuito Mastercard », senza che in alcuna sezione dello stesso sito, né nei fogli informativi scaricabili dal sito *web*, ne fosse specificata l'esatta natura, in quanto strumento di pagamento, e senza che fossero fornite informazioni in ordine alla tempistica degli addebiti laddove la carta fosse

(91) Si veda MELI (nt. 42).

(92) Su tale aspetto, si veda LIBERTINI (nt. 44), 108 s.

(93) *Ibidem*, 105, con convincente confutazione delle poche opinioni contrarie.

(94) PS1904/09 — Che Banca! Spot televisivo.

stata utilizzata in tale funzione. L'Autorità ha rilevato (citando, in proposito, dati della Banca d'Italia) come le carte prepagate costituiscano tutt'oggi un segmento minore, ancorché in crescita, sul totale delle carte di credito e di debito, rappresentando perciò un settore con caratteristiche nettamente meno mature. Ha poi richiamato le risultanze di una propria recente indagine conoscitiva (95), per argomentare sulla elevata disomogeneità della diffusione delle carte prepagate tra i diversi strati della popolazione. Ne ha dunque dedotto la scarsa familiarità del consumatore con tale mezzo. Ha concluso che « la novità del mezzo (specie se raffrontata con il radicamento ben più risalente delle altre tipologie di carta di pagamento), nonché i dati quantitativi e sociologici in punto di diffusione, inducono a concludere che la mera introduzione della definizione tecnica del prodotto, non accompagnata da alcuna indicazione circa le regole di funzionamento dello stesso, non vale a realizzare una corretta ed esaustiva informazione, tale da consentire al consumatore medio di prendere una decisione consapevole di natura commerciale ».

In realtà, in tal modo l'Autorità, dei due elementi che devono essere valutati come tipici del consumatore medio, cioè grado normale di informazione e ragionevole attenzione e avvedutezza, ha argomentato solamente sul primo, trascurando del tutto gli altri. Informazione, attenzione e avvedutezza non sono concetti omogenei. L'informazione attiene al bagaglio culturale ed esperienziale del soggetto, laddove l'attenzione non può, in questo contesto, che indicare la vigile consapevolezza del proprio interesse quale consumatore, includente spirito critico e capacità di selezionare le informazioni, e l'avvedutezza appare il contrario della distrazione o della superficialità. Ne deriva che, nel giudizio sul grado di informazione, deve guardarsi al modo di essere del consumatore, in quello sull'attenzione, al suo modo di rapportarsi al mercato, in quello sull'avvedutezza, al suo modo di compiere determinate operazioni economiche (96). Venendo al caso di specie, è vero che di fronte ad un mezzo innovativo di pagamento anche il consumatore medio può trovarsi sfornito delle necessarie conoscenze circa il suo funzionamento; ma ciò che andrebbe dimostrato è anche che consumatore mediamente attento e avveduto sia quello che, appunto, sprovvisto delle necessarie conoscenze, si lasci comunque persuadere ad aderire all'offerta. E qui emerge un evidente limite metodologico della valutazione della scorrettezza di una pratica, sotto il profilo della *materiality*: tolti i casi in cui sia netta la

distinzione tra vero e falso, o vengano del tutto omesse informazioni della cui essenzialità il consumatore, per quanto informato e avveduto, sia persino ignaro, l'indagine richiederebbe il ricorso a strumenti specialistici di analisi della reazione di un consumatore medio alla pratica indagata, quali indagini demoscopiche, psicologiche, studi di *marketing*, ecc., ecc. (97). Tali strumenti hanno fatto la loro comparsa nella prassi solamente nei rarissimi casi in cui gli stessi operatori indagati, evidentemente ritenendo particolarmente alta la posta in gioco, vi hanno per primi fatto ricorso (98). Nella prassi dell'Autorità, invece, nei pochissimi casi nei quali un'argomentazione sul possibile atteggiamento del consumatore medio di fronte alla pratica indagata è presente, questa si esaurisce in puro esercizio dialettico, con risultati talvolta sconcertanti.

È il caso del provvedimento emesso con riferimento al settore assicurativo, del quale si diceva (99). Qui, dopo avere correttamente argomentato che il consumatore medio è « figura ipotetica da ricostruirsi sulla base di fattori sociali e culturali di carattere generale, prescindendo da ogni collegamento con la — eventuale — fattispecie concreta », e che, sostanzialmente, è irrilevante che nei casi concretamente portati a conoscenza dell'Autorità la pratica abbia o non abbia avuto l'effetto di falsare il comportamento dei consumatori effettivamente coinvolti, la motivazione costruisce le ipotetiche reazioni di un asserito consumatore medio di prodotti assicurativi, di fronte ai suddetti avvisi di scadenza, senza alcun verificabile supporto, presentando cioè solamente le rispettabili, ma del tutto personali, riflessioni di colui che ha redatto il provvedimento. Vi si legge, così, « Vero è che il consumatore medio di prodotti assicurativi il

(97) Si vedano la Relazione annuale sull'attività svolta nel 1997 e quella sull'attività svolta nel 2002, rispettivamente, con riferimento a procedimenti riguardanti le pubblicità dei prodotti antirughe (nei quali si è ricorsi a perizie psicologiche) e l'uso della dizione *lights* sui pacchetti di sigarette.

(98) Significativo, sotto tale ultimo aspetto, è il procedimento deciso con il provv. PI3952 — Sigarette lights — Varie marche, del 13 marzo 2003, chiaramente condotto dalle imprese coinvolte con l'occhio rivolto non alla possibile sanzione (allora non erano previste neppure le sanzioni pecuniarie), bensì al rischio del successivo avvio di una serie di iniziative giudiziarie "all'americana", miranti al risarcimento di possibili danni ai consumatori. In realtà, pochissime azioni sono state intentate, tutte decise in prima battuta da giudici di pace (si vedano Giud. pace Portici, 20 novembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, 996; Giud. pace Napoli, 18 marzo 2005, in *Dir. e giust.*, 2005, 27, 37), con la condanna del produttore di sigarette al risarcimento del danno esistenziale. Le decisioni sono state tutte successivamente annullate dalla Suprema corte (si veda, in particolare, Cass., sez. un., 15 gennaio 2009, n. 794, in *Foro it.*, 2009, 3, 717).

(99) Ci si riferisce al già citato PS317/09 — RAS Disdetta Polizze assicurative, con il quale si valuta come scorretto l'invio di avvisi di scadenza di rate di premio ad assicurati già recceduti dal contratto.

(95) IC37, *Le carte prepagate in Italia, 2009*, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

(96) MELI (nt. 42).

quale, pur avendo esercitato la facoltà di recesso o di disdetta dal contratto, si veda recapitare un avviso di scadenza relativo ad un periodo assicurativo per il quale il contratto avrebbe dovuto risultare cessato, solo in casi marginalissimi imputerà l'evento ad un mero errore del professionista, cui non dare alcun seguito. Al contrario, il consumatore medio di prodotti assicurativi, anche in ragione del carattere tecnico-giuridico di tali prodotti, è certamente dotato di un bagaglio di conoscenze tali da apprezzare le potenziali implicazioni di un avviso di scadenza, di talché sarà indotto ad assumere un comportamento avente valenza economica che non avrebbe altrimenti assunto.

Potrà infatti accadere che l'assicurato si determini a contattare l'agenzia o la compagnia per chiedere chiarimenti e rivendicare la cessazione degli effetti del contratto di assicurazione, venendo per tale via a realizzare un contatto diretto con il professionista a potenziale vantaggio di quest'ultimo, il quale potrà sfruttare l'opportunità sia per tentare di indurre un mutamento nelle determinazioni del cliente, sia per indagare le ragioni della scelta, sia per proporre soluzioni alternative, ecc. In alternativa, potrà accadere che l'assicurato raggiunto dall'avviso di scadenza dubiti di aver effettivamente inoltrato la dichiarazione di volontà di segno contrario (specie quando l'invio sia avvenuto con ampio preavviso), ovvero ritenga, confidando nella correttezza della valutazione del professionista, che la propria dichiarazione di recesso/disdetta sia risultata concretamente inidonea a produrre l'effetto desiderato. L'assicurato potrebbe, pertanto, essere indotto ad accedere alla richiesta di pagamento, con contestuale produzione di una molteplicità di effetti consequenziali, alcuni alternativi tra loro, ma tutti gravemente pregiudizievoli per le ragioni del consumatore. Questi, infatti, sarebbe certamente indotto, in tal caso, a soprassedere rispetto ad un eventuale diverso utilizzo della risorsa economica che riteneva essersi liberata e, in specie, vi sarebbero inevitabili riflessi circa una eventuale nuova copertura assicurativa, in ipotesi con diverso operatore, del rischio di cui al contratto in questione ».

Tolti, comunque, questi casi isolati, il consumatore medio è, come si diceva, fino ad oggi rimasto vuota formula, citata per formale ottemperanza al dettato normativo (100).

(100) Nella Relazione annuale sull'attività svolta nel 2008, il "consumatore medio" viene menzionato 16 volte, la maggior parte delle quali nella descrizione di casi decisi, eppure anche qui non esiste una sola spiegazione su chi esso sia e su quali siano stati i criteri per identificarlo. Nella Relazione annuale sull'attività svolta nel 2009 il "consumatore medio" viene menzionato solo 7 volte, sempre nella descrizione dei casi decisi, senza alcun appro-

Non integra tale lacuna il riferimento, assai frequente nei provvedimenti riguardanti il settore del credito (e che trova sporadiche manifestazioni anche in altri settori) alle "debolezze" dei destinatari (101), né a quella, già menzionata, della esistenza di "asimmetrie informative" tra imprese e consumatori in un determinato settore: il problema non è, infatti, se una categoria sia debole in un certo contesto di relazioni con il professionista, ma se *quella* pratica indagata sia davvero idonea a falsare il comportamento economico di un consumatore medio — inteso nel significato comunitario — di *quel* settore. La direttiva è chiarissima nel distinguere la particolare vulnerabilità di certi gruppi di consumatori dalla permanente necessità di riferirsi, comunque, al membro medio di tali gruppi (102).

fondimento sull'interpretazione della nozione. Di uso tendenzialmente "declamatorio" dello standard parla LIBERTINI (nt. 57), 884.

(101) Si vedano PS426/08 — Cerruti multiservices; PS1903/08 — Fin-Florence — Finanziamento; PS1359/09 — Euro contributi — Omessa indicazione TAN e TAEG; PS1320/09, San Matteo Finanza etica — Ambigua indicazione TAEG; PS2295/09 — Servizi finanziamenti — Omessa indicazione TAN e TAEG; PS2298/09 — Italcredi-Omessa indicazione TAN e TAEG; PS887/09 — Solo Mutui — Omissione TAN e TAEG; PS1512/09 — Dom.In.Ve.st. — Ambiguità TAN; PS1321/09 — Eurofin — Ambigua indicazione TAEG; PS2292/09 — Global Fin — Omessa indicazione TAN e TAEG; PS2294/09 — Asfina — Omessa indicazione TAN e TAEG; PS2316/09 — Euro Fiditalia — Omessa indicazione TAN e TAEG; PS1079/09 — Ambrosiana finanziamenti — Ritenute eccessive; PS3588/09 — Immobiliare Priolo — Pubblicità finanziamenti; PS1786/09 — Italsefin — Omessa indicazione TAN e TAEG; PS2817/09 — Fintime Player — Pubblicità finanziamenti; PS1185/09 — Cosmofin — Ambiguità TAEG; PS3468/09 — Quintorapido — Pubblicità finanziamenti; PS983/09 — New Sefim — Omessa indicazione TAN; PS2518/09 — Prestitel Financial Services; PS2883/10 — Pubblicità finanziamenti; PS3852/10 — Crefin money — Pubblicità finanziamenti. In tutti questi provvedimenti, la motivazione *standardizzata* è nei seguenti termini « Il messaggio in esame, sulla base delle suindicate considerazioni e della debolezza dei destinatari, soggetti che presumibilmente versano in una situazione di particolare debolezza psicologica dovuta alle proprie condizioni economiche, deve ritenersi idoneo ad indurre in errore i consumatori ». Nella Relazione annuale 2009, l'Autorità sostanzialmente spiega tale orientamento, affermando che « Negli ultimi anni il credito al consumo ha rappresentato una delle principali forme di finanziamento delle famiglie italiane, registrando tassi di crescita significativi. Proprio per l'importanza e la delicatezza di tale forma di credito e per la posizione di dipendenza informativa che caratterizza il rapporto tra i consumatori e le società finanziarie che concedono il credito, è necessario garantire la migliore correttezza dell'informazione fornita relativamente al costo complessivo dell'operazione effettuata, al fine di rendere la scelta commerciale pienamente consapevole ».

(102) Una certa confusione sul punto è accreditata dalla stessa Autorità nella Relazione annuale sull'attività svolta nel 2007, 18, nella quale, nel tentativo di minimizzare (e disinnesicare) la rilevante novità introdotta nel codice del consumo, in ottemperanza alla direttiva (e, quindi, alla ricordata giurisprudenza comunitaria), si afferma che « Il riferimento al consumatore medio quale parametro per la valutazione di scorrettezza delle pratiche commerciali non sembra destinato a incidere significativamente sulla prassi già seguita dall'Autorità in materia di pubblicità ingannevole, che ha sempre valorizzato la considerazione delle caratteristiche soggettive dei destinatari della comunicazione di impresa in relazione alla decodifica del messaggio pubblicitario. Peraltro, il dettato normativo richiama

8. Come anticipato, la sanzione delle pratiche commerciali è limitata, con regola di *de minimis*, a quelle il cui impatto sia "rilevante" o non "trascurabile" (Considerando 6). Tali requisiti sono stati tradotti dal legislatore italiano, sia pure con censurabile molteplicità di espressioni (103), nell'ambito delle definizioni, all'art. 18, lett. e), c. cons. (in cui si parla di « falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori » e di « alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole »), nonché nell'art. 20, ai commi 2° e 3° (in cui si parla di « falsare in misura apprezzabile il comportamento economico » del consumatore medio).

Sottolineavo in un precedente scritto (104) la centralità del richiamo al principio di proporzionalità, di cui all'art. 5, par. 4. Trattato sull'Unione Europea, ai fini dell'interpretazione di tale limitazione. Ne facevo derivare il rifiuto dell'alternativa secca che riferisce la trascurabilità dell'impatto della pratica all'entità della sua incidenza nella sfera del singolo consumatore o, invece, al numero di consumatori sui quali la pratica può produrre effetto (rispetto alla platea complessiva dei destinatari della pratica), suggerendo di guardare, piuttosto, ai potenziali effetti complessivi di una pratica (incrociando, cioè, dove possibile, il numero di consumatori coinvolti ed il valore economico dell'operazione indotta nel consumatore), ponendoli in una relazione di proporzionalità con i costi richiesti al professionista per evitarli: tanto minori saranno i primi, tanto meno rigoroso dovrà essere il giudizio sull'adeguatezza dei costi affrontati dal professionista per evitare l'esito scorretto, e viceversa. Aggiungevo che, tuttavia, il punto di equilibrio tra rilevanza ed irrilevanza è chiaramente spostato verso la prima, dato che il citato Considerando 6 della direttiva esclude dall'applicazione della disciplina solo le pratiche che abbiano un impatto "trascurabile". Ne deriva che la regola è la rilevanza di ogni comportamento scorretto, mentre l'irrilevanza deve essere l'eccezione.

La giurisprudenza comunitaria sembra invece aver considerato la ri-

esplicitamente la necessità di approntare un'adeguata tutela dei consumatori più esposti ai rischi connessi alle pratiche commerciali scorrette, prevedendo che qualora una pratica commerciale — astrattamente suscettibile di raggiungere gruppi più ampi di consumatori — spieghi i propri effetti pregiudizievoli su un insieme chiaramente individuabile di destinatari particolarmente vulnerabili, l'eventuale scorrettezza dovrà essere apprezzata nell'ottica del componente medio di tale gruppo svantaggiato ».

(103) Si veda MELI (nt. 44).

(104) *Ibidem*. Sul tema, si veda anche LIBERTINI (nt. 44), 103 s., il quale ritiene, invece, che il requisito di apprezzabilità sia, volta ad evitare un'applicazione formalistica del divieto di Pcs, in relazione a fattispecie che, in base ad una valutazione sociale tipica, appaiano idonee ad influire sui processi di scelta del consumatore.

levanza della pratica con esclusivo riferimento al numero dei consumatori coinvolti. È in tali termini che si spiega il richiamo alle perizie e ai sondaggi di opinione quali strumenti a disposizione del giudice nazionale, in presenza di una espressione della quale si deve valutare l'ingannevolezza, per « determinare, conformemente al suo diritto nazionale, la percentuale di consumatori indotti in errore da detta indicazione che gli possa sembrare sufficientemente significativa per giustificarne, se del caso, il divieto » (105).

In conformità con un giurisprudenza amministrativa che, superando una posizione espressa sotto il regime della pubblicità ingannevole (106), sembra avere optato per la completa indifferenza nei confronti delle dimensioni del possibile impatto di una pratica sui consumatori (107), la regola del *de minimis* non ha avuto alcun rilievo nelle valutazioni dell'Autorità. Anche nelle ipotesi in cui è stata dimostrata l'esiguità del numero dei consumatori effettivamente coinvolti nella pratica, essa non ha cioè mai considerato questo un elemento idoneo ad escludere il giudizio di scorrettezza. L'argomentazione cui spesso si è ricorso è quella della potenzialità diffusiva della pratica (la pratica non ha avuto significativo impatto, ma avrebbe potuto averlo). Qui si torna, però, alla questione della diligenza professionale: si può concordare che se una pratica, della quale si sia evidenziata l'esiguità d'impatto, ha, comunque, caratteristiche (non solo strutturali, ma anche di durata, di possibile continuità nel tempo), che la rendono propagabile e ripetibile su una rilevante platea di destinatari, di *de minimis* non si può proprio parlare: le pratiche scorrette integrano, infatti, un illecito di pericolo e non di danno (108). Laddove, però, ciò non avvenga, dovrebbe prendersi atto che si è di fronte a fenomeni di scarsa rilevanza, a fronte dei quali non si può chiedere all'impresa di affrontare investimenti sproporzionati rispetto alla reale potenzialità lesiva di detti fenomeni.

(105) Si vedano Corte giust., 16 luglio 1998, causa C-210/96, Gut Springenheide e Tusky, in *Raccolta*, 1998, I-4657; Id., 13 gennaio 2000, causa C-220/98, Estée Lauder c. Lancaster, *ivi*, 2000, I-117.

(106) Tar Lazio, sez. I, 11 gennaio 2006, n. 1372, il rilevamento del numero dei consumatori potenzialmente tratti in errore serve a « stabilire se una determinata percentuale, ancorché esigua, di consumatori indotti in errore da una determinata dicitura pubblicitaria, rilevi o meno ai fini del giudizio di ingannevolezza ».

(107) Sul punto, si veda già criticamente, LIBERTINI (nt. 57), 881 s.

(108) Il giudice amministrativo ha più volte ribadito che la diffusione della pratica, in termini di soggetti colpiti non è importante, ai fini della sua illiceità, mentre il fatto che la pratica abbia avuto diffuse ricadute è stato considerato come elemento aggravante, parlando, in questo caso, di un « rincarato grado di negligenza » (Tar Lazio, sez. I, 8 aprile 2009, n. 3722). Si veda, sui limiti di tale posizione, LIBERTINI (nt. 57), 881.

Sul punto, vale la pena di segnalare, tuttavia, due recenti singolari provvedimenti paralleli, riguardanti proprio il settore del credito (109). Il tema affrontato era quello dei tempi impiegati dalle banche per estinguere effettivamente il conto a seguito della richiesta del correntista, con connessi problemi di informazione sulle ragioni ostative a tale chiusura. L'ipotesi istruttoria contemplava anche la violazione, sul punto, dell'«Impegno per la Qualità», assunto nell'ambito del consorzio interbancario «PattiChiari», relativo al monitoraggio dei tempi medi di chiusura dei conti correnti.

Orbene, in entrambe le vicende indagate, l'Autorità ha espressamente accertato anche il mancato rispetto del detto impegno, ma ha ritenuto che questo fosse circoscritto ad una fase di avvio dell'iniziativa di autoregolamentazione, caratterizzata da particolare complessità.

Sulla base di tale asserita complessità e della breve durata della pratica, ha deciso, pertanto, di non irrogare la sanzione pecuniaria con specifico riferimento a tale profilo di scorrettezza, che pure ha accertato.

Tale decisione non sembra trovare fondamento in alcuna norma o principio, dato che « l'intrinseca complessità della fase di avvio dell'iniziativa », laddove possa ritenersi rilevante, dovrebbe escludere *tout court* la valutazione di contrarietà alla diligenza professionale, mentre la breve durata della violazione accertata non può esimere dall'applicazione della sanzione (ma dovrebbe semmai indurre ad irrogarla nel minimo edittale) (110). La verità è che la sede propria per la eventuale considerazione, in funzione esimente, della breve durata della violazione, è proprio quella dell'argomentazione sul *de minimis*, che dovrebbe però condurre a negare la stessa sussistenza dell'illecito. L'argomentazione, tuttavia, non potrebbe limitarsi alla durata (è ben possibile che una pratica esauritasi in un unico episodio abbia avuto effetti gravissimi), ma dovrebbe collegarla alla trascurabilità degli effetti generati (o, comunque, generabili) dalla pratica.

VINCENZO MELI

*Prof. ordinario di Diritto commerciale  
nell'Università di Palermo*

---

(109) Si tratta di PS2624/10 — Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza-Estinzione c/c e di PS1750/10 — Unicredit Banca di Roma — Ostruzionismo chiusura c/c.

(110) La mancata applicazione della sanzione contrasta infatti, con il disposto dell'art. 27, commi 8° e 9°, c. cons., secondo i quali, se l'Autorità ritiene la pratica scorretta, la vieta (comma 8°) e « Con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta (...) dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000,00 a 500.000,00 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione ».